

Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau im europäischen Gemeinschaftsrecht und schweizerischem Recht – Konvergenzen und Divergenzen

Astrid Epiney/Michael Duttwiler

Dieser Beitrag wurde erstmals wie folgt veröffentlicht:

Astrid Epiney, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau im europäischen Gemeinschaftsrecht und schweizerischem Recht – Konvergenzen und Divergenzen, ZBl. 2004, S. 37-68. Es ist möglich, dass die Druckversion – die allein zitierfähig ist – im Verhältnis zu diesem Manuskript Abweichungen enthält.

I. Einleitung

Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der Schweiz hat sich im Wesentlichen in den letzten zwanzig Jahren des vergangenen Jahrhunderts entwickelt, wobei zweifellos die Einführung des heutigen Art. 8 Abs. 3 BV und das Inkrafttreten des Gleichstellungsgesetzes (GIG)¹ besondere Meilensteine darstellten. Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts hat zur Fortentwicklung und Ausgestaltung des Gleichstellungsrechts in der Schweiz Wesentliches beigetragen² – gleich wie man das eine oder andere Urteil des Gerichts bewerten mag. Parallel zu dieser Entwicklung in der Schweiz bzw. häufig zeitlich vorgelagert hat sich in der EU ein eigentliches Gleichstellungsrecht entwickelt, das wesentlich einerseits durch den heutigen Art. 141 EGV (Lohngleichheit), der bereits 1957 in den EG-Vertrag eingeführt wurde, andererseits durch verschiedene gemeinschaftliche Richtlinien geprägt wurde und wird. Diese gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben haben in den EU-Mitgliedstaaten zu einer weitgehenden Konvergenz der gemeinschaftsrechtlich geregelten Aspekte des Gleichstellungsrechts geführt. Vor diesem Hintergrund überrascht es denn auch nicht, dass der schweizerische Gesetzgeber teilweise auf gemeinschaftsrechtliche Konzepte zurückgegriffen und diese in die gesetzlichen Grundlagen einfliessen liess, so insbesondere im Gleichstellungsgesetz³. Auch in der Rechtsprechung ist angesichts dieses gesetzlichen Willens verschiedentlich eine Anlehnung an gemeinschaftsrechtliche Konzepte zu

1 Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau vom 24. März 1995, in Kraft getreten am 1. Juli 1996, SR 151.1

2 Zur Rechtsprechung des Bundesgerichts nunmehr umfassend *Margrith Bigler-Eggenberger, Justitias Waage – wagemutige Justitia? Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur Gleichstellung von Mann und Frau*, 2003.

3 So verwies insbesondere der Bundesrat in seiner Botschaft immer wieder auf einzelne Richtlinien (insbesondere RL 75/117 über die Lohngleichheit, ABl. 1975 L 45, 19, und RL 76/207 über die Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. 1976 L 39, 40) und auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH). Vgl. Botschaft des Bundesrates zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Mann und Frau, BBl 1993 I 1246, 1287; s. auch *Claudia Kaufmann*, in: Margrith Bigler-Eggenberger/Claudia Kaufmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 1997, Hintergrund und Entstehung des Gesetzes, Rn. 50 ff.

beobachten⁴, dies trotz der Unverbindlichkeit gemeinschaftsrechtlicher Vorgaben für die Schweiz⁵. Allerdings werden die Konzepte des Gemeinschaftsrechts nicht durchgehend als solche übernommen, und es sind in verschiedenen Bereichen Nuancen zu beobachten.

Vor diesem Hintergrund will der folgende Beitrag unter Berücksichtigung von Rechtsetzung und Rechtsprechung in der Schweiz der Frage nachgehen, ob und inwieweit im schweizerischen Recht in der Sache auf europäisches Gemeinschaftsrecht zurückgegriffen wird bzw. zurückzugreifen ist und (ggf.) wo die unterschiedliche Rechtslage und/oder die unterschiedlichen Kontexte eine andere Auslegung aufdrängen. Sachlich erfolgt dabei eine Konzentration auf folgende (aus unserer Sicht zentrale) Fragestellungen bzw. Themenkomplexe aus dem Bereich der Gleichstellung im Arbeitsleben: Grundkonzept der Gleichstellung (II.), indirekte Diskriminierungen (III.) sowie sog. „positive Massnahmen“ (IV.). Auf einige weitere Fragen, wie etwa Beweislast oder Schwangerenschutz, wird hingegen nur in einem Überblick eingegangen (V.). In einem kurzen Fazit (VI.) wird der Versuch unternommen, die Konvergenzen und Divergenzen des Gleichstellungsrechts in der EU und der Schweiz im untersuchten Bereich zusammen zu fassen und Kriterien zu skizzieren, die für die (Nicht-) Übernahme gemeinschaftsrechtlicher Konzepte ausschlaggebend sind bzw. sein sollten.

Deutlich wird damit auch, dass es in dem folgenden Beitrag nicht darum geht, die notwendigerweise auch anzusprechenden dogmatischen Probleme des Gleichstellungsrechts umfassend zu analysieren; vielmehr steht die Rechtsanwendung durch die Gerichte im Vordergrund, so dass bei der Frage nach Konvergenzen und Divergenzen im europäischen Gemeinschaftsrecht und schweizerischen Recht im Wesentlichen von der Rechtsprechung und der ihr in der Regel folgenden herrschenden Lehre in der EU und der Schweiz ausgegangen werden soll und zu den sich stellenden dogmatischen Grundproblemen nur ausnahmsweise (so bei dem eine zentrale Rolle spielenden „Grundkonzept“ des Grundsatzes der Gleichstellung der Geschlechter) Stellung genommen werden soll. Damit soll nicht etwa suggeriert werden, dass Rechtsprechung und herrschender Lehre immer zuzustimmen ist oder es hier keinen Diskussionsbedarf gäbe; vielmehr ist eine umfassende Diskussion der angesprochenen dogmatischen Probleme und eine kritische Aufarbeitung der Rechtsprechung in der EU und der Schweiz nicht Gegenstand dieses Beitrags⁶, der einen spezifischen

4 Vgl. jüngst den sehr instruktiven Überblick bei *Kathrin Klett*, Inspiration des Bundesgerichts durch das EU-Recht im Bereich der Gleichstellung der Geschlechter, in: Astrid Epiney/Ira von Danckelmann (Hrsg.), Gleichstellung von Frauen und Männern in der Schweiz und der EU, 2003 (im Erscheinen), 139 ff.

5 Zu dieser Art der „Einflussnahme“ gemeinschaftsrechtlicher Konzepte auf das schweizerische Recht etwa *Bernhard Waldmann*, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV: Neue Ansätze für die Dogmatik der Rechtsgleichheit?, in: Astrid Epiney/Ira von Danckelmann (Hrsg.), Gleichstellung von Frauen und Männern in der Schweiz und der EU, 2003 (im Erscheinen), 1 (4 f.). Der Autor spricht hier davon, dass es sich beim Erlass des Gleichstellungsgesetzes um „einen durch historische Auslegung zu ermittelnden Willen des Gesetzgebers zu einer dynamischen und gleichzeitig zum Teil auch fremdbestimmten Auslegung der eigenen Gesetzgebung“ handle.

6 Vgl. insoweit für das Gemeinschaftsrecht *Astrid Epiney/Marianne Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau in der EU, 2003 (im Erscheinen); für das schweizerische Recht *Bigler-Eggenberger*, Justitias Waage (Fn. 2), jeweils m.w.N. auch auf abweichende Ansichten.

Blickwinkel – nämlich die Frage nach den Parallelen in der Rechtsanwendung in der EU und der Schweiz und den Kriterien für eine „Übernahme“ gemeinschaftsrechtlicher Konzepte – anlegt.

Im Vorfeld sei dabei auf die unterschiedlichen Hintergründe der Entstehung des Grundsatzes der Gleichstellung der Geschlechter hingewiesen: In der EU standen bei der Einführung des Lohnleichheitsgrundsatzes (1957) Aspekte der Wettbewerbsgleichheit im Vordergrund⁷, und Aspekte der Verwirklichung des Binnenmarktes bzw. eines unverfälschten Wettbewerbs spielten auch bei den Gleichstellungsrichtlinien immer auch eine, wenn auch keine zentrale Rolle. Immerhin tritt dieser Hintergrund zugunsten des menschenrechtlichen Gehalts des Gleichstellungsgebots immer mehr zurück und dürfte heute zu vernachlässigen sein⁸. In der Schweiz hingegen wurde das Diskriminierungsverbot aufgrund des Geschlechts – wie auch die anderen speziellen Diskriminierungsverbote (vgl. Art. 8 Abs. 2 BV) – von Anfang an überwiegend als Ausfluss der Menschenwürde angesehen, kommt einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts doch das Potential der Herabwürdigung der betroffenen Person zu⁹. Dieses Element der Herabwürdigung ist jedoch weniger als zwingendes Erfordernis im Sinne eines Tatbestandselements des Diskriminierungsverbots zu verstehen. Es verdeutlicht vielmehr die ratio legis, hinter der die Einsicht steht, dass bei Anknüpfung an ein verdächtiges Merkmal die „Gefahr besonders gross ist, dass die davon Betroffenen in ihrer Würde verletzt werden“¹⁰.

II. Zu dem „Grundkonzept“ der Gleichstellung von Frau und Mann bzw. dem Diskriminierungsverbot

Sowohl in der Schweiz als auch im europäischen Gemeinschaftsrecht ist bereits das „Grundkonzept“ des Grundsatzes der Gleichstellung von Mann und Frau bzw. des Diskriminierungsverbots¹¹ umstritten, wobei die diskutierten Problemstellungen und Lösungsansätze in beiden Rechtsordnungen (und nicht nur in diesen) weitgehend parallel gelagert sind. Dies überrascht insofern nicht, als sich die gesetzgeberischen Ausgangslagen im Wesentlichen gleichen¹².

In der EU ist in erster Linie auf Art. 2 Abs. 1 RL 76/207¹³ hinzuweisen: „Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Sinne der nachstehenden Bestimmungen beinhaltet, dass keine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung aufgrund des Geschlechts (...) erfolgen darf.“ Von Bedeutung ist sodann Art. 141 Abs. 4 EGV: „Im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben hindert der

-
- 7 Zur Entstehungsgeschichte des Art. 141 EGV nur *Julian Currall*, in: Hans von der Groeben/Jochen Thiesing/Claus-Dieter Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, 5. Aufl., 1997, Art. 119, Rn. 14.
- 8 Ausdrücklich denn auch EuGH, Rs. C-50/96 (Deutsche Telekom/Schröder), Slg. 2000, I-743, Rn. 57, wo der EuGH festhält, dass dem sozialen Ziel Vorrang gegenüber dem wirtschaftlichen zukomme. S. auch EuGH, verb. Rs. C-270/97, C-271/97 (Sievers und Schrage), Slg. 2000, I-929, Rn. 57, wonach dem wettbewerblichen Aspekt nur „nachgeordnete Bedeutung“ zukomme.
- 9 BGE 126 II 377, 393 (Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung); für eine eingehende Darstellung der Lehre siehe *Andreas Rieder*, Form oder Effekt? Art. 8 Abs. 2 BV und die ungleichen Auswirkungen staatlichen Handelns, 2003, 54 ff. Siehe ferner *Jörg Paul Müller*, Grundrechte in der Schweiz, 1999, 412; *Walter Kälin*, Ausländerdiskriminierung, FS Yvo Hangartner, 1998, 568; *René Rhinow*, Die Bundesverfassung 2000, 2000, 140; *Bernhard Pulver*, L'interdiction de la discrimination. Etude de l'article 8 alinéa 2 de la Constitution fédérale du 18 avril 1999, 2003, 136 f.
- 10 *Markus Schefer*, Die Kerngehalte von Grundrechten, 2001, 476.
- 11 Zum Begriff der Diskriminierung ausführlich *Bernhard Waldmann*, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, 191 ff.; *Pulver*, L'interdiction de la discrimination (Fn. 9), 119 ff.
- 12 Wobei der in dieser Hinsicht gesondert zu behandelnde Grundsatz der Lohnleichheit hier nicht berücksichtigt wird.
- 13 RL 76/207 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen (ABl. 1976 L 39, 40), in der Fassung der RL 2002/73 (ABl. 2002 L 269, 15).

Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschliessen“. Der ansonsten noch im Wesentlichen für die Gemeinschaftsorgane geltende allgemeine Rechtsgrundsatz der Gleichstellung von Frau und Mann dürfte im Wesentlichen parallel zu Art. 2 Abs. 1 RL 76/207 ausgestaltet sein¹⁴. In der Schweiz ist in erster Linie auf Art. 8 Abs. 3 BV¹⁵ und Art. 3 GIG¹⁶ hinzuweisen.

Die wesentliche Streitfrage in diesem Zusammenhang geht dahin, auf welche Weise neben zweifellos zu beachtenden formellen auch materielle Gleichheitsaspekte¹⁷ aus rechtlicher Sicht zu berücksichtigen sind, wobei bei den hier vertretenen Ansichten – zugegebenerweise sehr grob – zwischen zwei grundsätzlichen Richtungen¹⁸ unterschieden werden kann:

- Teilweise – und in diese Richtung dürfte auch die Rechtsprechung sowohl in der EU¹⁹ als auch in der Schweiz²⁰ sowie die wohl herrschende Ansicht in der Literatur²¹ gehen – werden die genannten Gleichbehandlungsgebote bzw. Diskriminierungsverbote als grundsätzliche Anknüpfungsverbote verstanden, von denen unter bestimmten Voraussetzungen im Sinne einer Art „Rechtfertigung“ Abweichungen möglich sind. In

-
- 14 Vgl. zu diesem ausführlich und grundlegend *Christine Langenfeld*, Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1990, 116 ff. Aus der Rechtsprechung insbesondere EuGH, Rs. 20/71 (Sabbatini-Bertoni), Slg. 1972, 345; EuGH, Rs. 21/74 (Airolo), Slg. 1975, 221; EuGH, Rs. 149/77 (Defrenne), Slg. 1978, 1365.
- 15 „Mann und Frau sind gleichberechtigt. Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit. (...)“
- 16 „(1) Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer dürfen aufgrund ihres Geschlechts weder direkt noch indirekt benachteiligt werden (...). (3) Angemessene Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung stellen keine Diskriminierung dar.“
- 17 Der formelle Gleichheitsbegriff nimmt auf die rein formal zu verstehende rechtliche Gleichstellung Bezug. Der materielle Gleichheitsbegriff zielt auf die tatsächliche Angleichung der Situation von Individuen, die unterschiedlichen Gruppen angehören. Die faktisch ungleiche Situation von Mann und Frau wird als soziale Wirklichkeit erkannt und auf strukturelle Mängel zurückgeführt. Zu deren Beseitigung bzw. zum Erreichen des Ziels soll das Gesetz den Unterschieden zwischen Männern und Frau Rechnung tragen, was wenn nötig auch mit einer (formalen) Ungleichbehandlung von Männern und Frauen einhergehen kann. Vgl. *Sidonia Blättler/Birgit Christensen*, Die moralphilosophische Diskussion von Quotenregelungen, in: Kathrin Arioli (Hrsg.), Frauenförderung durch Quoten, 1997, 9 (15); *Christa Tobler*, Quoten und das Verständnis der Rechtsgleichheit der Geschlechter im schweizerischen Verfassungsrecht, unter vergleichender Berücksichtigung der EuGH-Entscheidung Kalanke, in: Kathrin Arioli (Hrsg.), Frauenförderung durch Quoten, 1997, 49 (55); ausführlich zur formellen und materiellen Gleichheitskonzeption *Waldmann*, Diskriminierungsverbot (Fn. 11), 225 ff., 262 ff.
- 18 Abgesehen von der, soweit ersichtlich nur in der Schweiz diskutierten Frage, ob der Grundsatz der Gleichstellung von Mann und Frau in Art. 8 Abs. 3 BV insofern asymmetrisch ausgestaltet ist, als sich nur die historisch Benachteiligten auf diese Bestimmung berufen können. Eine ähnliche Frage stellt sich in Bezug auf Art. 8 Abs. 2 BV. Die herrschende Lehre und Rechtsprechung lehnt aber jedenfalls bei der subjektiv-rechtlichen Schicht eine solche asymmetrische Sicht ab. Vgl. zum Meinungsstand in Lehre und Rechtsprechung *Rieder*, Form oder Effekt (Fn. 9), 55 ff.; *Schefer*, Kerngehalte (Fn. 10), 485 ff.; *Pulver*, L'interdiction de la discrimination (Fn. 9), 84 ff.; *Müller*, Grundrechte (Fn. 9), 417; *Rhinow*, Bundesverfassung (Fn. 9), 141 ff.
- 19 Vgl. EuGH, Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539; EuGH, Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875.
- 20 Vgl. etwa BGE 125 I 14 (Uner Quoten); BGE 126 I 1, 3 „... das Recht muss geschlechtsneutral sein.“; BGE 123 I 56, 58 („Art. 4 Abs. 2 BV schliesst die Geschlechtszugehörigkeit als taugliches Kriterium für rechtliche Differenzierungen aus.“); s. weiter BGE 121 V 229 (Rentenalter); BGE 123 V 189 (Witwerrente).
- 21 S. jeweils m.w.N. *Helen Fenwick/Tamara Herve*, Sex Equality in the Single Market, CMLRev. 1995, 443 ff.; *Michael Meyer*, Das Diskriminierungsverbot des Gemeinschaftsrechts als Grundsatznorm und Gleichheitsrecht, 2002, 155; *Sebastian Krebber*, in: Christian Calliess/Matthias Ruffert (Hrsg.), Kommentar zu EU-Vertrag und EG-Vertrag, 2. Aufl., 2002, Art. 141, Rdnr. 81; *Helen Fenwick*, From Formal to Substantive Equality: the Place of Affirmative Action in European Union Sex Equality Law, EPL 1998, 507 (515 f.); *Heike Dieball*, Gleichstellung der Geschlechter im Erwerbsleben – neue Vorgaben des EG-Vertrages, EuR 2000, 274 ff.; *Waldmann*, in: Gleichstellung von Frauen und Männern in der Schweiz und der EU (Fn. 5), 1 (16 ff.); *Beatrice Weber-Dürler*, Aktuelle Aspekte der Gleichberechtigung von Mann und Frau, ZBJV 1992, 357 ff.; *Waldmann*, Diskriminierungsverbot (Fn. 11), 173.

den gesetzlichen Grundlagen wird dieser Ansatz in Art. 2 Abs. 1 RL 76/207 bzw. Art. 8 Abs. 3 S. 1 BV (die den Grundsatz der rechtlichen Gleichstellung und damit des Anknüpfungsverbots enthielten) einerseits und in Art. 141 Abs. 4 EGV und Art. 8 Abs. 3 S. 2 BV (die die Möglichkeit zum Erlass positiver Massnahmen eröffnen) andererseits verankert. Materielle Gleichheitsaspekte werden nach dieser Konzeption einerseits auf der Tatbestandsebene durch den Einbezug sog. indirekter oder mittelbarer Diskriminierungen²² in das Verbot der Diskriminierung aufgrund des Geschlechts²³, andererseits auf der Rechtfertigungsebene durch die Ermöglichung von Durchbrechungen des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Geschlechter, um die faktische Gleichstellung ihrer Verwirklichung näher zu bringen, einbezogen²⁴. Allerdings bleibt nach diesem Ansatz das Recht auf Gleichstellung ein Frauen und Männern zustehendes Individualrecht, dessen Durchbrechungen rechtfertigungsbedürftig sind, und der Akzent dieses Individualrechts liegt auf der rechtlichen Gleichstellung (allerdings, wie erwähnt, unter Einbezug materieller Diskriminierungen).

- Angesichts der nach wie vor unbestreitbar fortbestehenden weitgehenden faktischen Unterschieden der Stellung von Männern und Frauen bzw. der faktischen Benachteiligung letzterer wird diese Beschränkung des individualrechtlichen und unmittelbar wirksamen Gehalts des Gleichheitsgebots auf die rechtliche Gleichstellung aber auch (teilweise vehement) kritisiert: Dabei wird zum Teil bereits der formale Ausgangspunkt des Grundsatzes der Geschlechtergleichheit hinterfragt und dessen Auslegung als „Hierarchisierungsverbot“ gefordert. Die Diskussionen um Gleichheit und Differenz hätten gezeigt, dass nicht eigentlich Unterschiede, sondern Dominanzen von Interesse seien. Dominanz beinhalte den Ausschluss der nicht dominanten Gruppe von Gütern, Positionen und Chancen. Ein Differenzierungsverbot führe in dieser Frage nicht weiter, seien doch in zahlreichen Bereichen besondere Regelungen für Frauen unabdinglich. Daher seien erkennbare Unterschiede zum Ausgangspunkt zu nehmen, um durch Gleich- oder auch Ungleichbehandlung einen Ausgleich vorzunehmen, im Sinne eines Verbots der Hierarchisierung²⁵. In eine ähnliche Richtung – wenn auch im

22 Die Begriffe indirekte, materielle oder mittelbare Diskriminierung decken sich in der Sache und werden in diesem Beitrag als Synonyme verwandt.

23 Hierzu noch unten III.

24 Vgl. ausführlich hierzu *Epiney/Freiermuth Abt*, Das Recht der Gleichstellung von Mann und Frau (Fn. 6), 23 ff.

25 Vgl. grundlegend *Catharine MacKinnon*, Reflections on Sex Equality under Law, The Yale Journal 1991, 1281 (1296) mit Hinweis auf frühere Publikationen; ihr im Ansatz wohl folgend etwa *Susanne Baer*, Inklusion und Exklusion, in: Verein Pro Fri (Hrsg.), Recht Richtung Frauen, 2001, 33 ff.; *Susanne Baer*, Komplizierte Subjekte zwischen Recht und Geschlecht. Eine Einführung in feministische Ansätze in der Rechtswissenschaft, in: Christine Kreuzer (Hrsg.), Frauen im Recht – Entwicklung und Perspektiven, 2001, 9 (11 ff.); sehr positiv auch *Christa Tobler*, Der Diskriminierungsbegriff und seine Auswirkungen auf die Gleichstellung von Mann und Frau, in: Astrid Epiney/Ira von Danckelmann (Hrsg.), Gleichstellung von Frauen und Männern in der Schweiz und der EU, 2003 (im Erscheinen), 29 (51 ff.); s. auch *Ute Sacksofsky*, Die verfassungsrechtliche Beurteilung von Quotenregelungen, in: Kathrin Arioli (Hrsg.), Quoten und Gleichstellung von Frau und Mann, 1996, 23 (28 ff.), jeweils m.w.N. Für einen Überblick über die verschiedenen Ansätze der feministischen Rechtslehre *Susan Emmenegger*, Feministische Kritik des Vertragsrechts, 1999, 12 ff.

Abkehren von der Konzeption weniger „radikal“, da der Grundsatz des Vergleichs beibehalten wird – geht die Forderung, der Grundsatz der Geschlechtergleichheit sei insofern zu relativieren, als er gerade nicht (mehr) als grundsätzliches Verbot der Anknüpfung an das Geschlecht verstanden werden soll, sondern es solle über den Grundsatz, dass auch „Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit“ zu behandeln sei, umfassend den tatsächlich bestehenden gesellschaftlichen, sozialen und sonstigen Unterschieden der Situation von Frauen und Männern Rechnung getragen werden. Nach diesem Ansatz herrsche etwa im Falle einer Untervertretung von Frauen in bestimmten (Führungs-) Positionen bereits keine Gleichheit, so dass der „ungleichen Situation“ von Frauen eben durch differenzierende Massnahmen Rechnung getragen werden müsste²⁶. Eine andere Konsequenz eines in diese Richtung gehenden Ansatzes ist die erweiterte Möglichkeit von Abweichungen vom Grundsatz der rechtlichen Gleichheit²⁷.

Wie erwähnt, hat dieser zuletzt genannte Ansatz in der Rechtsprechung bislang keinen Niederschlag gefunden, weder in der EU noch in der Schweiz. Vielmehr verfolgt diese in beiden Rechtsordnungen einen im Grundsatz parallelen Ansatz, der der soeben skizzierten ersten „Variante“ entspricht. Dies mag man vor dem Hintergrund bedauern, als es sicherlich eine Reihe mehr oder weniger subtiler Ausschlussmechanismen gibt, die dazu führen, dass die Situation von Frauen in zahlreichen Konstellationen ganz anders – und in der Regel schlechter – gelagert ist als diejenige von Männern. Auch dürfte kaum zu bestreiten sein, dass diese Sachlage zumindest auch etwas mit Dominanzen zu tun hat. Fraglich ist aber, ob – ganz abgesehen von den Problemen mit dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen, der jeweils eben von der Gleichstellung von Mann und Frau spricht – ein Rückgriff bzw. eine Neuorientierung des Grundsatzes der Geschlechtergleichheit im skizzierten Sinn (also letztlich eine Ausweitung der subjektiv-rechtlichen Normschicht des Gleichheitsgebots dahingehend, dass unter dem Stichwort „Ungleiches ist ungleich zu behandeln“ alle oder wenigstens gewisse kollektiv verstandene tatsächliche Unterschiede einbezogen werden) hier wirklich sinnvolle Lösungen zu bieten vermag. Zweifel drängen sich insbesondere deshalb auf, weil die Frage, was gleich und was ungleich ist, in sehr engem Zusammenhang mit Wertungen und Gerechtigkeitsvorstellungen steht²⁸. Dieser Befund gilt auch in Bezug auf die Geschlechtergleichheit: Darüber, unter welchen Voraussetzungen eine dominante Stellung vorliegt oder die Situation von Frauen insgesamt eben grundlegend anders ist als diejenige von Männern, dürften sehr häufig mit jeweils guten Gründen höchst unterschiedliche

26 Vgl. in diesem Zusammenhang etwa *Tobler*, in: *Frauenförderung durch Quoten* (Fn. 17), 49 (115 ff.).

27 In diese Richtung *Bigler-Eggenberger*, *Justitias Waage* (Fn. 2), 89 ff., die der bundesgerichtlichen Rechtsprechung in der Sache vorwirft, die gesellschaftlichen Realitäten durch eine zu formale Ausrichtung des Gleichheitssatzes nicht zu berücksichtigen, und insbesondere für weitergehende auch richterrechtlich zu gewährende Ausnahmen vom Grundsatz der formalen Gleichstellung im Gesetz plädiert.

28 Zu diesem engen Zusammenhang zwischen Gleichheit und Gerechtigkeit etwa *Annegret Döse*, *Frauenarbeit in Europa und Gemeinschaftsrecht. Zur Wirkung und Reichweite des EG-Gleichbehandlungsrechts im Norden und im Süden Europas am Beispiel der Mitgliedstaaten Bundesrepublik Deutschland und Griechenland*, 2000, 66; *Petra Foubert*, *The Legal Protection of the Pregnant Worker in the European Community*, 2002, 15 ff.; *Beatrice Weber-Dürler*, § 41, *Rechtsgleichheit*, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller (Hrsg.), *Verfassungsrecht der Schweiz*, 2001, 657 (661 ff.).

Ansichten vertreten werden können. Gleiches gilt für die Frage, durch welche Massnahmen denn nun die tatsächliche Gleichstellung erreicht werden soll, bestehen hier doch in aller Regel zahlreiche Möglichkeiten des Agierens. M.a.W. bleibt bei einer Ausweitung des Gleichheitssatzes im dargelegten Sinn die Frage offen, auf was genau ein subjektives Recht abzielen soll, so dass der Anspruchsgegenstand in normativer Hinsicht höchst ungenau umschrieben bzw. kaum erkennbar ist. Wenn dies aber so ist, müsste dem Gesetzgeber – letztlich ähnlich wie im Rahmen des allgemeinen Gleichheitssatzes – ein denkbar weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt werden, um die tatsächliche Gleichstellung zu verwirklichen. Dann aber erscheint die Verankerung eines subjektiven Rechts auf (Un-) Gleichbehandlung im Gefolge unterschiedlicher tatsächlicher Umstände nicht sinnvoll; vielmehr ist es Sache des Gesetzgebers, hier tätig zu werden. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass eine Verschiebung der „kollektiven Ebene“ – also etwa Untervertretung von Frauen insgesamt in bestimmten Positionen – auf die Tatbestandsebene dazu führte, dass der nicht zu bestreitende Konflikt zwischen dem individuellen Recht jedes Einzelnen – auch der Männer – auf Gleichbehandlung auf der einen und dem gesellschaftlichen Interesse an einer umfassenden faktischen Gleichstellung von Mann und Frau auf der anderen Seite wenn nicht negiert, so doch zumindest kaschiert würde, was einer hier jedenfalls notwendigen möglichst rational vorzunehmenden Güterabwägung abträglich wäre.

Nur am Rande sei darauf hingewiesen, dass eine grundsätzliche Abkehr vom subjektivrechtlichen Charakter des Gleichstellungsgebots im Sinne einer rechtlichen Gleichheit auch insofern unbefriedigend wäre, als dann kaum mehr dogmatisch nachvollziehbar begründet werden könnte, warum etwa unterschiedliche Rollen von Männern und Frauen nicht auch unterschiedliche Behandlungen nach sich ziehen könnten; auch hier ginge es ja um faktische Unterschiede. So könnte man etwa argumentieren, Frauen mit Kindern seien ja viel mehr belastet als Männer, so dass Führungspositionen für sie eher weniger in Frage kämen. Auch hier könnte man nämlich – so man entsprechende Positionen vertritt – anführen, ein gleicher Zugang für Männer und Frauen zu bestimmten Positionen sei nicht zu gewähren, da ja keine Gleichheit vorliege, sondern vielmehr Unterschiede bestünden und Ungleiches eben nach Massgabe seiner Ungleichheit zu behandeln sei. Das Beispiel mag etwas abwegig erscheinen; deutlich wird damit aber jedenfalls, dass eine Aufgabe oder zu weitgehende Relativierung des „formalen“ Gleichstellungsgedankens auf der Ebene des subjektiv-rechtlichen Anspruchs auch ein Einfallstor für bekannte Stereotypen und letztlich längst überholte Ungleichbehandlungen sein könnten. M.a.W. gewährleistet eine gewisse Konzentration beim Gebot der Gleichstellung der Geschlechter auf das Anknüpfungsverbot zumindest, dass nicht über den Weg der nicht bestehenden Vergleichbarkeit von Situationen Anliegen der Gleichstellung wieder ausgehebelt werden²⁹.

Vor diesem Hintergrund ist der zuerst skizzierte Ansatz grundsätzlich überzeugend: Ausgehend von dem subjektivrechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung – unter Einbeziehung des Verbots materieller Diskriminierungen – wird dem Gesetzgeber aufgegeben, die geeigneten Massnahmen zu treffen, um die angesprochenen tatsächlichen Unterschiede der Situationen von Frauen und Männern auszugleichen. Diese Aufgabe dem Gesetzgeber – und nicht dem Richter – zu überantworten, erscheint nur schon deshalb sinnvoll, weil es eben seine Aufgabe ist, Gerechtigkeitsvorstellungen – auch im Bereich der faktischen Geschlechtergleichstellung – zu verwirklichen, sind die hier in Betracht

29 Diese Gefahr auch sehend *Tobler*, in: Gleichstellung von Frauen und Männern in der Schweiz und der EU (Fn. 25), 29 (50).

kommenden Strategien doch sehr vielfältig und – wie erwähnt – unterschiedlicher Beurteilung zugänglich. Insofern hat diese Konzeption einen durchaus sinnvollen Ausgleich zwischen formeller und materieller Gleichheitskonzeption gefunden, dies unter der Voraussetzung – was gerade in der Rechtsprechung nicht immer sehr klar ist – eines „gleichberechtigten Nebeneinanders“ von subjektiv-rechtlichem Gleichstellungsrecht und objektiv-rechtlichem Gesetzgebungsauftrag, so dass die Verwirklichung faktischer Gleichstellung – in deren Rahmen dann auch „kollektive“ Gesichtspunkte (wie eben die insgesamt schlechtere faktische Stellung der Frauen) berücksichtigt werden können – nicht als Ausnahme anzusehen ist. Auch insoweit berücksichtigt die von der Rechtsprechung und der wohl herrschenden Lehre vertretene Konzeption auch materielle Gesichtspunkte, woran auch der Umstand, dass man das eine oder andere Urteil in der Begründung und/oder im Ergebnis kritisieren mag, nichts zu ändern vermag.

Dabei sollen damit nicht die aufgrund dieses Verständnisses des Gleichheitssatzes ungelösten Probleme negiert werden; bezweifelt wird hier nur, ob ein allgemeiner Grundsatz der Gleichstellung von Frauen und Männern diese Probleme zu lösen vermag. Hier dürften vielmehr gesetzgeberische Ansätze, die über eine reine Gleichstellung hinausgehen, vielversprechender sein. Ein Beispiel hierfür bietet etwa das ausdrückliche Verbot der sexuellen Belästigung – wenn auch seine „Einordnung“ als Diskriminierung nicht über alle Zweifel erhaben ist. Weiter zu verfolgen sind sodann Ansätze, die spezifische strukturelle Benachteiligungen von Frauen abschaffen sollen.

III. Indirekte Diskriminierungen

Die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung³⁰ ist in der Schweiz noch wenig gefestigt, und die Lehre nimmt bei der Abhandlung des Problems überwiegend auf das europäische Gemeinschaftsrecht und teilweise auch die Praxis in den USA Bezug. In Art. 8 Abs. 3 S. 1 BV wird nicht ausdrücklich gesagt, dass auch indirekte Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts verboten sind, wobei Lehre³¹ und Rechtsprechung³² aber davon ausgehen, dass diese Bestimmung auch indirekte Diskriminierungen erfasst.

30 Während bei direkten Diskriminierungen ausdrücklich auf das Geschlecht abgestellt wird, kommt bei indirekten Diskriminierungen ein anderes Kriterium zum Tragen, womit aber im Ergebnis trotzdem überwiegend Angehörige eines Geschlechts betroffen sind oder sein könnten. Vgl. etwa *Heinz-Dietrich Steinmeyer*, Art. 141, in: Maximilian Fuchs (Hrsg.), Kommentar zum Europäischen Sozialrecht, 2003, Rn. 55; ausführlich zu dieser Rechtsfigur aus der Literatur *Stefan Rating*, Mittelbare Diskriminierung der Frau im Erwerbsleben nach Europäischem Gemeinschaftsrecht, 1994; *Christian Blomeyer*, Das Verbot der mittelbaren Diskriminierung gemäss Art. 119 EGV, 1994; *Krebber*, Art. 141 (Fn. 21), Rn. 42 ff.; *Nora Refaeil/Karine Siegwart*, Das Konzept der mittelbaren Diskriminierung im europäischen und schweizerischen Recht, in: Astrid Epiney/Nora Refaeil (Hrsg.), Die Gleichbehandlung von Mann und Frau im europäischen und schweizerischen Recht – ausgewählte Fragen, 1997, 5 ff.

31 S. nur m.w.N. *Waldmann*, Diskriminierungsverbot (Fn. 11), 441 ff.; *Refaeil/Siegwart*, in: Gleichbehandlung von Mann und Frau (Fn. 30), 5 (17 ff.); so auch der Bundesrat in seiner Botschaft zum Gleichstellungsgesetz, BBl 1993 I 1262; *Rieder* weist aber darauf hin, dass jedoch die Lehre die konzeptionellen Grundlagen des verfassungsmässigen Verbots der indirekten Diskriminierung nur vage herausarbeitet, *Rieder*, Form oder Effekt (Fn. 9), 98 ff., 107.

32 Zwar war das Bundesgericht anfangs „blind“ für solche Konstellation (vgl. etwa BGE 119 Ia 241, dazu die Ausführungen von *Michèle Stampe*, Das Verbot der indirekten Diskriminierung wegen des Geschlechts, 2001, 180 ff., und *Tobler*, in: Frauenförderung durch Quoten (Fn. 17), 49 (72); mittlerweile erkennt es aber

Dieser Ansatz entspricht einer materiellrechtlichen Sicht des Diskriminierungsverbots³³, denn indem die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung auf die tatsächlichen Auswirkungen einer (formal) geschlechtsneutralen Massnahme abstellt, erlaubt sie es, den verschiedenen Lebenswirklichkeiten von Mann und Frau Rechnung zu tragen³⁴. Sind die Auswirkungen einer geschlechtsneutralen Massnahme überwiegend nur für die Angehörigen des einen Geschlechts nachteilig, besteht wie bei der direkten Diskriminierung die Gefahr ihrer Herabwürdigung. Ausgehend von einem materiellen Verständnis des Diskriminierungsverbots kann es folglich keine Rolle spielen, ob die diskriminierende Schlechterstellung in einer Regel verankert ist, oder sich bloss faktisch äussert³⁵.

Art. 3 Abs. 1 GIG hingegen schliesst explizit auch indirekte Diskriminierungen in den Verbotstatbestand ein, dies auch und gerade vor dem Hintergrund des EG-Rechts³⁶, ohne den Begriff allerdings zu definieren.

Im europäischen Gemeinschaftsrecht wurde die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung schon sehr früh in der Rechtsprechung³⁷ entwickelt und der Einbezug der indirekten Diskriminierung in die Diskriminierungsverbote aufgrund des Geschlechts hat eine lange Tradition³⁸. Während das Verbot indirekter (bzw. im gemeinschaftsrechtlichen Sprachgebrauch mittelbarer) Diskriminierungen zunächst im Wesentlichen durch die Rechtsprechung entwickelt wurde (auf die sogleich zurückzukommen sein wird), hat der Gemeinschaftsgesetzgeber den Begriff der mittelbaren Diskriminierung mittlerweile in Art. 2 Abs. 2 RL 97/80 über die Beweislast³⁹ und neuerdings (durch die 2002 erfolgte Modifikation der RL 76/207) in Art. 2 Abs. 2 RL 76/207 n.F. definiert, allerdings in leicht abweichender Weise (worauf ebenfalls zurückzukommen sein wird).

Art. 2 Abs. 2 RL 97/80: „Im Sinne des in Absatz 1 genannten Gleichbehandlungsgrundsatzes liegt eine mittelbare Diskriminierung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren einen wesentlich höheren Anteil der Angehörigen eines Geschlechts benachteiligen, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind angemessen und notwendig und sind durch nicht auf das Geschlecht bezogene sachliche Gründe gerechtfertigt.“

Art. 2 Abs. 2 RL 76/207: „Im Sinne der Richtlinie bezeichnet der Ausdruck (...) ‚mittelbare Diskriminierung‘: wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen, die einem Geschlecht angehören, in besonderer Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmässiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich (...).“

Bei der konkreten Heranziehung des Konzepts der indirekten Diskriminierung in der Gerichtspraxis von Bundesgericht und EuGH sind zahlreiche parallele Ansatzpunkte

unmissverständlich an, dass Art. 8 Abs. 3 S. 1 BV auch indirekte Diskriminierungen erfasst, vgl. BGE 126 V 322; BGE 126 II 377, 393 f. (Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung); zu dieser Rechtsprechung *Stampe*, Verbot der indirekten Diskriminierung, ebd., 180 ff.; *Tobler*, in: *Frauenförderung durch Quoten* (Fn. 17), 49 (71 f.); *Waldmann*, Diskriminierungsverbot (Fn. 11), 338 f.

33 *Rieder*, Form oder Effekt (Fn. 9), 98; *Tobler*, in: *Frauenförderung durch Quoten* (Fn. 17), 49 (56).

34 Vgl. nur *Kathrin Arioli*, Die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung, AJP 1993, 1327.

35 Vgl. *Andreas Rieder*, Indirekte Diskriminierung – Das Beispiel der Fahrenden, in: Walter Kälin (Hrsg.), *Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung*, 1999, 149 (159).

36 Vgl. Botschaft zum GIG, BBl 1993 I 1246, 1295 f.

37 S. EuGH, Rs. 96/80 (Jenkins), Slg. 1981, 911, Rn. 18; wegweisend sodann EuGH, Rs. 170/84 (Bilka), Slg. 1986, 1607; EuGH, Rs. 237/85 (Rummler), Slg. 1986, 2101; EuGH, Rs. 109/88 (Danfoss), Slg. 1989, 3199; EuGH, Rs. 171/88 (Rinner-Kühn), Slg. 1989, 2743; EuGH, Rs. C-343/92 (Roks), Slg. 1994, I-571; EuGH, Rs. C-444/93 (Megner), Slg. 1995, I-4741. Aus der Literatur m.w.N. *Krebber*, Art. 141 (Fn. 21), Rn. 42.

38 Vgl. ausführlich m.w.N. *Epiney/Freiermuth Abt*, Recht der Gleichstellung (Fn. 6), 75 ff.

39 ABl. 1997 L 14, 6.

festzustellen; in einigen, nicht unwesentlichen Punkten unterscheidet sich allerdings die schweizerische Praxis von der des EuGH. Die Situation wird dadurch noch komplexer, als in der EU mittlerweile – wie erwähnt – verschiedene Legaldefinitionen dessen, was man unter indirekter Diskriminierung zu verstehen hat, anzutreffen sind. Im Einzelnen sind hier zwei Aspekte von Bedeutung: die Voraussetzungen für das tatbestandliche Vorliegen einer indirekten Diskriminierung (1.) und die Frage der Rechtfertigung (2.). Darauf aufbauend kann die Prüfungsstruktur einer indirekten Diskriminierung zusammengefasst werden (3.).

1. Zum Tatbestand der indirekten Diskriminierung

Ausgangspunkt der Umschreibung des Tatbestands des Vorliegens einer indirekten Diskriminierung ist der bereits erwähnte Hintergrund des Einbezugs indirekter Diskriminierungen in den Tatbestand des Diskriminierungsverbots: Es wird zwar auf ein anderes Kriterium als die Geschlechtszugehörigkeit abgestellt, der gewählte Anknüpfungspunkt ist jedoch typischerweise bei einem Geschlecht (nicht) gegeben, so dass eine ähnliche Wirkung wie eine direkte Diskriminierung erzielt wird. Daher legt es eine materielle Sichtweise nahe, auch diese indirekten Diskriminierungen einzubeziehen.

Sowohl die Rechtsprechung des EuGH als auch diejenige des Bundesgerichts gehen dabei davon aus, dass für die Feststellung der „besonderen Betroffenheit“ eines Geschlechts von einem quantitativen Vergleich auszugehen ist:

- Nach der Rechtsprechung des EuGH⁴⁰ könne eine mittelbare Diskriminierung (nur) dann vorliegen, wenn der Nachweis der Benachteiligung einer wesentlich höheren Zahl der Mitglieder eines Geschlechts erbracht wird⁴¹. Bei der Feststellung des Vorliegens einer mittelbaren Diskriminierung gehe es aber nicht um einen Vergleich der absoluten Zahlen in dem Sinn, dass nach der Zahl der betroffenen Männer und nach der Zahl der betroffenen Frauen gefragt werde. Vielmehr sei zunächst in jeder Gruppe (weibliche und männliche Arbeitnehmer) der Anteil der Personen zu ermitteln, der von der streitigen Regelung betroffen ist, und danach seien die entsprechenden Zahlen zu vergleichen⁴². Sei der Anteil der betroffenen Frauen bzw. Männer eindeutig höher, so

40 Ausführlich hierzu etwa *Karl-Jürgen Bieback*, Die mittelbare Diskriminierung wegen des Geschlechts, 1997, 52 ff.; *Bernd Waas*, Zur mittelbaren Diskriminierung von Frauen in der Rechtsprechung von EuGH und deutschen Gerichten, EuR 1994, 97 ff.; *Martina Kuppel*, Mittelbare Diskriminierung in der Rechtsprechung des EuGH, in: Christine Kreuzer (Hrsg.), Frauen im Recht, 2001, 193 ff.

41 Wobei selbstredend die statistischen Daten, auf die zurückgegriffen wird, auch wirklich aussagekräftig sein müssten; insbesondere müssten sie sich auf eine ausreichende Zahl von Personen beziehen und dürften keine rein zufälligen oder konjunkturellen Erscheinungen widerspiegeln. Vgl. EuGH, Rs. 127/92 (Enderby), Slg. 1993, I-5535, Rn. 17; EuGH, Rs. C-167/97 (Seymour-Smith), Slg. 1999, I-623, Rn. 62; EuGH, Rs. C-226/98 (Jorgensen), Slg. 2000, I-2447, Rn. 34.

42 EuGH, Rs. C-167/97 (Seymour-Smith), Slg. 1999, I-623. Nicht ganz klar insoweit noch EuGH, Rs. C-229/89 (Kommission/Belgien), Slg. 1991, I-2205, Rn. 15; EuGH, Rs. C-127/92 (Enderby), Slg. 1993, I-5535, Rn. 16, 19. Zu den verschiedenen möglichen Methoden *Steinmeyer*, Art. 141 (Fn. 30), Rn. 62 ff.; *Gerlind Wisskirchen*, Mittelbare Diskriminierungen von Frauen im Erwerbsleben, 1994, 95 ff. S. aus der jüngsten Rechtsprechung noch EuGH, Rs. C-187/00 (Kutz-Bauer), EuZW 2003, 276, Rn. 49 ff., wo der EuGH die Frage der

handele es sich – unter Vorbehalt der Rechtfertigung – um eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts⁴³. Der Gerichtshof hat sich bislang aber nicht festgelegt, wie hoch der Prozentsatz der von einer Regelung betroffenen Frauen bzw. Männer sein muss, um eine mittelbare Diskriminierung bejahen zu können. Der EuGH verlangt aber jedenfalls den Nachweis einer statistisch signifikant stärkeren Auswirkung auf ein Geschlecht⁴⁴; ansonsten hält er offenbar das Tatbestandsmerkmal des Abstellens auf das Geschlecht nicht mehr für gegeben. Dieser Nachweis könne etwa dadurch erbracht werden, dass der entsprechende Anteil der Betroffenen klar grösser bzw. kleiner ist, also ein signifikanter zahlenmässiger Unterschied bei der Betroffenheit zu bejahen ist. In diesem Sinn sind nämlich wohl die Formulierungen des EuGH zu verstehen, wenn er etwa darauf abstellt, ob eine „wesentlich grössere Anzahl“ von Frauen oder „prozentual erheblich weniger Männer als Frauen“ betroffen sein müssten⁴⁵. Denkbar sei es aber auch, dass ein geringerer, aber über einen langen Zeitraum hinweg fortbestehender und relativ konstanter Abstand zwischen den betroffenen männlichen und weiblichen Arbeitnehmenden vorliegt⁴⁶, gehe doch auch hiermit eine statistisch signifikante stärkere Auswirkung auf ein Geschlecht einher⁴⁷.

- Das Bundesgericht verfolgt einen in der Begründung und der Anwendung ähnlichen Ansatz wie der EuGH, wobei es aber in „quantitativer Hinsicht“ teilweise etwas präziser ist: Für das Vorliegen einer indirekten Diskriminierung wird gefordert, dass eine sprachlich neutral abgefasste Regel oder Massnahme in den tatsächlichen Auswirkungen vorwiegend Personen des einen Geschlechts nachteilig betrifft. Für die Feststellung dieser besonderen Betroffenheit wird ein reiner Gruppenvergleich⁴⁸ vorgenommen, und die Schlechterstellung der geschützten Personengruppe muss ein gewisses statistisches Gewicht erreichen⁴⁹. So müssen „wesentlich mehr oder

Notwendigkeit eines statistischen Nachweises letztlich offen lassen konnte, da sich aus den Akten ergab, dass von der in Frage stehenden Regelung fast nur Männer bzw. Frauen betroffen waren.

43 Vor diesem Hintergrund erscheint es jedenfalls nicht zutreffend, die Rechtsfigur der mittelbaren Diskriminierung im Wesentlichen auf eine Art Beweislastregel zu reduzieren, so aber wohl *Blomeyer*, Verbot der mittelbaren Diskriminierung (Fn. 30), 117 ff.

44 EuGH, Rs. C-167/97 (Seymour-Smith), Slg. 1999, I-623.

45 Vgl. die Nachweise in Fn. 37, 41.

46 EuGH, Rs. C-167/97 (Seymour-Smith), Slg. 1999, I-623, Rn. 61.

47 Auf der Grundlage der Prämissen des EuGH vermag dies zu überzeugen: Ob nämlich die eindeutig stärkere Belastung eines Geschlechts darauf beruht, dass während einer relativ kurzen Zeit wesentlich mehr Angehörige eines Geschlechts betroffen sind, oder dass während eines längeren Zeitraums der Abstand zwischen den Betroffenen zwar weniger gross, dafür aber konstant ist, dürfte im Hinblick auf die hier entscheidende Frage der stärkeren Betroffenheit eines Geschlechts irrelevant sein. In beiden Fällen ist jedenfalls ein statistisch klarer Nachweis gegeben, so dass das Argument, im Falle der Berücksichtigung des Zeitraumes sei kein eindeutiger statistischer Beweis vorhanden, nicht zu überzeugen vermag. So aber wohl *Krebber* (Fn. 21), Art. 141, Rn. 43.

48 Vgl. *Arioli*, AJP 1993 (Fn. 34), 1327 (1328); *Stampe*, Das Verbot der indirekten Diskriminierung (Fn. 32), 126 ff.; *Rieder*, in: Das Verbot ethnisch-kultureller Diskriminierung (Fn. 35), 151.

49 BGE 126 II 377, 393 f. (Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung); BGE 125 II 541, 543 (Zürcher Kindergartenlehrkräfte); zur Rechtsprechung etwa *Müller*, Grundrechte (Fn. 9), 443; *Stampe*, Verbot der indirekten Diskriminierung (Fn. 32), 152; *Kathrin Arioli*, Frauenförderungsmassnahmen im Erwerbsleben, 1992, 54; *Arioli*, AJP 1993 (Fn. 34), 1327 ff.; *Refaeil/Sieglwart*, in: Die Gleichbehandlung von Mann und Frau (Fn. 30), 5 (26 ff.); s. auch Botschaft des Bundesrates zum GlG, BBl 1993 I 1295 f. (unter Berufung auf die Praxis des EuGH).

überwiegend“⁵⁰ Angehörige der einen Gruppe gegenüber der Vergleichsgruppe benachteiligt sein. Zur Frage, wann diese Schwelle erreicht ist, finden sich gewisse Ansätze in der Rechtsprechung des Bundesgerichts⁵¹, im Wesentlichen im Zusammenhang mit der Frage, wann ein Beruf als geschlechtstypisch identifiziert zu gelten hat. Es ging davon aus, dass die Schwelle erreicht ist, wenn mindestens 70% der Vertreter eines Berufs dem einen Geschlecht angehören⁵². Damit legt es indirekt den erforderlichen Grad an Betroffenheit fest.

Dieser sowohl in der Schweiz als auch in der EU bislang jedenfalls in der Rechtsprechung – wobei die Literatur der Rechtsprechung im Wesentlichen folgt⁵³ – verfolgte „quantitative“ Ansatz ist allerdings nicht wirklich befriedigend, dies weniger wegen des Abstellens auf eine Gruppenzugehörigkeit – die mit dem Einbezug materieller Aspekte in das Gleichstellungsgebot der Geschlechter gerade angelegt ist –, sondern vielmehr wegen ihrer inhärenten Unzulänglichkeiten in Bezug auf die Möglichkeit des Nachweises: So ist es etwa denkbar, dass tatsächlich auf ein Kriterium Bezug genommen wird, das typischerweise Frauen benachteiligt, der statistische Nachweis jedoch – aus welchen Gründen auch immer – nicht erbracht werden kann⁵⁴. Zudem birgt das Abstellen auf den statistischen Nachweis eine gewisse Unwägbarkeit in sich, da nicht klar ist, ab welcher quantitativen Schwelle er vorliegen soll⁵⁵.

Vor diesem Hintergrund ist die Definition der mittelbaren Diskriminierung in der neuen Fassung des Art. 2 Abs. 2 RL 76/207⁵⁶ zu begrüßen: Hier wird – übrigens im Gegensatz zu der in Art. 2 Abs. 2 RL 97/80 enthaltenen Definition – nicht (mehr) darauf abgestellt, dass ein „wesentlich höherer Anteil“ der Angehörigen eines Geschlechts erfasst wird; vielmehr ist danach entscheidend, dass die gewählten Kriterien Personen eines Geschlechts in besonderer

50 BGE 125 II 541, 543 (Zürcher Kindergartenlehrkräfte); 125 I 71, 79 (Berner Krankenschwestern); 124 II 409, 425 (Zürcher Handarbeitslehrerinnen). Das Bundesgericht nimmt dabei auch ausdrücklich auf die Rechtsprechung des EuGH Bezug.

51 Die Lehre wartet mit keinen konkreten Vorschlägen auf: *Stampe*, Verbot der indirekten Diskriminierung (Fn. 32), 153 ff.; *Müller*, Grundrechte (Fn. 9), 443, mit Hinweisen auf die amerikanische Rechtsprechung.

52 BGE 125 II 530, 532 (Zürcher Kindergartenlehrkräfte); BGE 125 II 385, 387 (Solothurner Physiotherapeutinnen). Siehe dazu die Ausführung in *Waldmann*, Diskriminierungsverbot (Fn. 11), 350 ff.

53 Vgl. aber auch die Kritik etwa bei *Thorsten Kingreen*, in: Dirk Ehlers (Hrsg.), Europäische Grundrechte, 2003, § 17, Rn. 58, der geltend macht, die Rechtsprechung des EuGH verkenne den Individualrechtscharakter des Diskriminierungsverbots, dessen Betroffenheit nicht davon abhängen dürfe, wie viele andere auch noch betroffen sind. Jedenfalls diesem Einwand ist aber entgegen zu halten, dass der Rückgriff auf eine „statistische Gruppenbetroffenheit“ nur den Rechtskreis der Einzelnen erweitert: Denn selbstverständlich steht es darüber hinaus jedem Einzelnen offen, im Einzelfall eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts geltend zu machen. Im Übrigen sei darauf hingewiesen, dass gerade die Eigenart der durch Art. 141 I EGV erfassten Diskriminierungen darin besteht, dass die Betroffenen nicht wegen individueller Merkmale, sondern wegen ihrer Gruppenzugehörigkeit benachteiligt sind, so dass es durchaus schlüssig erscheint, beim Tatbestand eben auch auf die Gruppenbetroffenheit abzustellen, dies jedenfalls dann, wenn es um eine Erweiterung des Rechtskreises der Einzelnen geht. Der Charakter als Individualrecht des Art. 141 I EGV wird hierdurch nicht verneint. Jede andere Sicht würde gänzlich den materiellen Aspekt des Grundsatzes der Gleichstellung der Geschlechter verkennen.

54 Zur häufigen Unzulänglichkeit der verfügbaren Statistiken etwa *Bieback*, Mittelbare Diskriminierung (Fn. 40), 78 f.

55 Vor diesem Hintergrund wird denn auch nicht ganz zu Unrecht fest gehalten, dass das Hauptproblem des „Konzepts“ der stärkeren Betroffenheit einer Gruppe seine „subjektive“ Beurteilung sei, vgl. *Charlotte Villiers/Lorna Woods*, Casenote: Seymour-Smith: Problems in Procedures and Proof, MLR 1997, 110 (116).

56 S.o. III., am Anfang.

Weise gegenüber Personen des anderen Geschlechts benachteiligen können. Ausschlaggebend soll danach also offenbar die Gefahr der Benachteiligung von Personen eines Geschlechts sein, so dass der statistische Nachweis einer stärkeren Betroffenheit gerade nicht mehr notwendig ist. Damit wird allein auf die inhaltliche Tragweite der jeweiligen Bestimmung abgestellt; aus ihr muss sich – sozusagen (vor dem Hintergrund der sozialen und gesellschaftlichen Wirklichkeit) „selbstredend“ – ergeben, dass in erster Linie Angehörige eines Geschlechts benachteiligt werden können. Damit wird die normative Tragweite einer Regelung nicht von der Erbringung statistischer Nachweise abhängig gemacht, was aus dogmatischer Sicht befriedigender ist. Jedenfalls ist es auf der Grundlage dieses Ansatzes aber auch notwendig, dass das Bestehen dieser Gefahr einer Benachteiligung sich realistischerweise aus der jeweils zur Debatte stehenden Bestimmung – in Verbindung mit der gesellschaftlichen und sozialen Realität – erschliessen lässt; reine Behauptungen reichen hier nicht aus. Insofern kann dann auch statistischen Werten eine gewisse Bedeutung zukommen, können sie doch die Plausibilität der Existenz einer besonderen Benachteiligungsgefahr erhärten. Eine solche kann allerdings auch auf andere Weise – etwa durch die allgemeine Lebenserfahrung, tradierte Rollenverteilung o.ä. – dargelegt werden.

Soweit ersichtlich, musste sich der EuGH noch nicht zu den mit der „Neudefinition“ der mittelbaren Diskriminierung in Art. 2 Abs. 2 RL 76/207 verbundenen Implikationen befassen. Im Übrigen bleibt abzuwarten, inwieweit der EuGH sich auch in anderen Bereichen (also in den nicht von RL 76/207 erfassten, wie etwa dem Gebot der Entgeltgleichheit) diesem Ansatz anschliessen wird. Auch ist immerhin zu beachten, dass die abweichende Definition in der RL 97/80 nach wie vor gilt, womit die Frage eines einheitlichen Begriffs der mittelbaren Diskriminierung im Gemeinschaftsrecht aufgeworfen wird⁵⁷.

Für die Rechtslage in der Schweiz wird sich vor diesem Hintergrund in jedem Fall die Frage stellen, ob an dem „traditionellen“ Konzept (Notwendigkeit quantitativer statistischer Nachweise) festgehalten werden soll oder – im Sinne der neu in Art. 2 Abs. 2 RL 76/207 verankerten Definition – ob auf die Gefahr der Benachteiligung eines Geschlechts abgestellt werden soll. Aufgrund der erwähnten dogmatischen Überlegungen wäre nach der hier vertretenen Ansicht eine Modifikation der Rechtsprechung zu begrüßen.

Nur am Rande sei bemerkt, dass ein solches von quantitativen Parametern losgelöstes Konzept auch gewisse, auf der Grundlage des an sich vom Bundesgericht favorisierten quantitativen Ansatzes nur schwer nachvollziehbare Konstellationen indirekter Diskriminierungen begründen könnte, so insbesondere die Bejahung einer indirekten Diskriminierung von Kindergärtnerinnen im Vergleich zu Primarschullehrern, angesichts eines zahlenmässigen Anteils von über 70 % Frauen bei den Primarschullehrern⁵⁸. Das Bundesgericht argumentierte hier damit, dass der Beruf des Primarschullehrers aufgrund seiner historischen Prägung als „neutraler“ Vergleichsberuf angesehen werden könne. Dieser im Ergebnis überzeugende Ansatz dürfte letztlich nachvollziehbar nur damit begründet werden können, dass die Unterscheidung zwischen Kindergärtnerinnen und Primarschullehrern eben die Gefahr der Benachteiligung von Frauen mit sich bringt.

57 Zur Problematik *Epiney/Freiermuth Abt*, Recht der Gleichstellung (Fn. 6), 80 ff., 164 f.
58 BGE 125 II 530, 532.

2. Zur Rechtfertigung

Wird aufgrund der dargelegten Massstäbe eine „besondere“ oder „stärkere“ Betroffenheit eines Geschlechts festgestellt, liegt im Ergebnis dann doch keine verbotene Diskriminierung vor, wenn die entsprechende Unterscheidung auf sachlichen Gründen beruht und dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit entspricht⁵⁹.

Sowohl in der Schweiz als auch in der EU ist hier die Frage streitig, ob es sich dabei um eine Rechtfertigung oder um einen Ausschluss des Tatbestandes handelt⁶⁰. Die Rechtsprechung hat diese Frage soweit ersichtlich noch nicht geklärt, was insofern nicht überraschend ist, als diesem Streit keinerlei praktische Bedeutung zukommt, da es auf dieser Ebene nicht um die zu beachtenden Anforderungen an die „Rechtfertigung“ geht.

Der Grundsatz der Rechtfertigungsmöglichkeit indirekter Diskriminierungen ist sowohl im Gemeinschaftsrecht als auch im schweizerischen Recht anerkannt, wobei die Rechtsprechung des Bundesgerichts aber bei der genauen Prüfung der Rechtfertigung von derjenigen des EuGH teilweise abweicht oder zumindest nicht ganz klar ist, was insofern etwas überrascht, als die Entwicklung der Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung in der Schweiz in ausdrücklicher⁶¹ oder zumindest impliziter⁶² Anlehnung an das gemeinschaftsrechtliche Konzept der mittelbaren Diskriminierung erfolgt ist.

- So hält der Europäische Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung⁶³ fest, die Massnahme sei zulässig, sofern sie durch objektive Faktoren gerechtfertigt sei, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben⁶⁴. M.a.W. muss die Regelung

59 Zu der hier nicht näher zu erörternden Frage, ob und ggf. inwieweit auch bei direkten Diskriminierungen Rechtfertigungen möglich sein sollen, für das Gemeinschaftsrecht *Epiney/Freiermuth Abt*, Recht der Gleichstellung (Fn. 6), 86 ff.; EuGH, Rs. C-218/98 (Abdoulaye), Slg. 1999, I-5723; EuGH, Rs. C-366/99 (Griesmar), Slg. 2001, I-9383; für das schweizerische Recht *Astrid Epiney*, Chancengleichheit zwischen Deregulierung und Regulierung, in: Elisabeth Bühler/Elisabeth Maurer/Silvia Wyler (Hrsg.), Deregulierung Chancengleichheit. Neue Herausforderungen an Staat und Gesellschaft, 1998, 83 (87 ff.); *Weber-Dürler*, in: Verfassungsrecht der Schweiz (Fn. 28), 657 (669 f.); *Müller*, Grundrechte (Fn. 9), 429 f.; *Schefer*, Kerngehalte (Fn. 10), 483 f.; BGE 125 I 71, 79 (Berner Krankenschwestern); BGE 126 I 1, 3; BGE 125 I 21, 24 (Urner Quoten). In seiner jüngsten Rechtsprechung spricht das Bundesgericht davon, dass eine an ein verpöntes Merkmal anknüpfende Ungleichbehandlung „qualifiziert zu rechtfertigen“ sei, vgl. BGE 126 II 377, 393 (Nichtverlängerung der Aufenthaltsbewilligung); BGE 126 V 70, 73.

60 Zum Problem etwa *Arioli*, AJP 1993 (Fn. 34), 1327 (1330); *Andreas C. Albrecht*, Der Begriff der gleichwertigen Arbeit im Sinne des Lohngleichheitssatzes „Mann und Frau haben Anspruch auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit“ (Art. 4 Abs. 2 BV), 1998, 98 f.

61 Dies gilt jedenfalls für das Verbot der indirekten Diskriminierung in Art. 3 GlG, vgl. die Botschaft des Bundesrates, BBl 1993 I 1249, 1295 f.

62 Dies gilt etwa für die bundesgerichtliche Rechtsprechung, die davon ausgeht, dass Art. 8 Abs. 3 S. 1 BV auch ein Verbot indirekter Diskriminierung enthält, vgl. BGE 113 Ia 107, 116; BGE 116 V 322.

63 EuGH, Rs. 96/80 (Jenkins), Slg. 1981, 911, Rn. 10; EuGH, Rs. 170/84 (Bilka), Slg. 1986, 1607, Rn. 37; EuGH, Rs. 129/79, (Macarthys), Slg. 1980, 1275, Rn. 12; EuGH, Rs. C-243/95 (Hill und Stapleton), Slg. 1998, I-3739, Rn. 34; EuGH, Rs. C-343/92 (Roks), Slg. 1994, I-571, Rn. 33 f.; EuGH, Rs. C-317/93 (Nolte), Slg. 1995, I-4625, Rn. 24; EuGH, Rs. C-280/94 (Posthuma-van Damme), Slg. 1996, I-179, Rn. 24; EuGH, Rs. C-167/97 (Seymour-Smith), Slg. 1999, I-623, Rn. 68; s. auch EuGH, Rs. C-381/99 (Brunnhöfer), Slg. 2001, I-4961, Rn. 30.

64 Die in ständiger Rechtsprechung herangezogene Formulierung lautet spätestens seit der Entscheidung Roks, EuGH, Rs. C-343/92 (Roks), Slg. 1994, I-571, Rn. 33/34; s. auch etwa EuGH, Rs. C-167/97 (Seymour Smith), Slg. 1999, I-623, Rn. 68, wie folgt: „(...) sofern diese Massnahme nicht durch objektive Faktoren gerechtfertigt ist, die nichts mit einer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts zu tun haben. Dies ist der Fall, wenn die gewählten Mittel einem legitimen Ziel der Sozialpolitik des Mitgliedstaats dienen, um dessen Rechtsvorschriften es geht, und zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sind“. Vgl. hier auch Art. 2 RL 97/80, in dem

einem Ziel dienen, das unabhängig von der Unterscheidung aufgrund des Geschlechts ist. Dieses Ziel muss als solches „erhaltenswert“ und wichtig genug sein, um eine im Vergleich zum Gleichheitsgrundsatz vorrangige Berücksichtigung zu rechtfertigen⁶⁵. Dabei spricht der Gerichtshof einerseits von „legitimen Zielen der Sozialpolitik“ (in Bezug auf staatliche Massnahmen)⁶⁶, andererseits von „wirklichen Bedürfnissen“ des Arbeitgebers (in Bezug auf arbeitgeberische Entscheidungen)⁶⁷. Wird das grundsätzliche Vorliegen eines objektiven Grundes bejaht, muss noch die Mittel-Zweck-Relation geprüft werden, d.h es ist darzulegen, dass die unterschiedliche Behandlung zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet und erforderlich ist. Hier genügt es allerdings nicht, in allgemeiner Form darauf hinzuweisen, dass diesen Anforderungen entsprochen worden ist, sondern es ist vielmehr eine „substantiierte Darlegung“⁶⁸ der Verhältnismässigkeit der Massnahme notwendig.

- Die Materialien zum Gleichstellungsgesetz gehen davon aus, dass eine dem Gemeinschaftsrecht (auf der Grundlage der Rechtsprechung) parallel ausgestaltete Rechtfertigungsprüfung vorzunehmen ist⁶⁹ und damit neben einem sachlichen Grund auch die Verhältnismässigkeit der Unterscheidung zu prüfen sei. Während dieser Ansatz in der Lehre auf praktisch einhellige Zustimmung stösst⁷⁰, ist die Rechtsprechung des Bundesgerichts – die sich im Wesentlichen auf den Grundsatz der Lohngleichheit bezieht⁷¹ – hier nicht ganz klar: So lässt es häufig sachliche Gründe für die Rechtfertigung von Lohnunterschieden genügen, ohne eine eigentliche

wie folgt auf die Rechtfertigung verwiesen wird: „(...) es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind angemessen und notwendig und sind durch nicht auf das Geschlecht bezogene sachliche Gründe gerechtfertigt“. Diese Definition weicht zwar im Wortlaut etwas von der vom EuGH verwandten Formulierung ab, dürfte aber in der Sache auf dieselben Elemente abstellen, so auch *Steinmeyer*, Art. 141 (Fn. 30), Rn. 82.

65 Vgl. zur Problematik und den sich in diesem Zusammenhang stellenden Fragen, insbesondere in Bezug auf die Bandbreite der möglichen „sachlichen Gründe“ m.w.N. *Epiney/Freiermuth Abt*, Recht der Gleichstellung (Fn. 6), 91 ff.

66 EuGH, Rs. C-226/91 (Molenbroek), Slg. 1992, I-5943, Rn. 13; EuGH, Rs. C-234/92 (Roks), Slg. 1994, I-571, Rn. 33/34; EuGH, Rs. C-317/93 (Nolte), Slg. 1995, I-4625, Rn. 28; EuGH, Rs. C-444/93 (Megner), Slg. 1995, I-4741, Rn. 24; EuGH, Rs. C-167/97 (Seymour Smith), Slg. 1999, I-623, Rn. 69.

67 EuGH, Rs. 170/84 (Bilka), Slg. 1986, I-607, Rn. 36 f.; EuGH, Rs. (Nolte), Slg. 1995, I-4625, Rn. 33.

68 Vgl. EuGH, Rs. C-167/97 (Seymour-Smith), Slg. 1999, I-623, Rn. 76.

69 Vgl. die Botschaft des Bundesrates zum Gleichstellungsgesetz, BBl 1993 I 1296: „Eine Massnahme hat dann keinen diskriminierenden Charakter, wenn sie sachlich gerechtfertigt ist. So kann zum Beispiel eine Anforderung, die tendenziell Frauen benachteiligt, dann gerechtfertigt sein, wenn sie für die Ausübung einer Arbeit notwendig ist. Ein Kriterium kann auch dann sachlich gerechtfertigt sein, wenn es ein legitimes Ziel verfolgt, das in keinem Zusammenhang mit den herkömmlichen Geschlechterrollen steht, zum Beispiel ein sozialpolitisches Ziel. In diesem Bereich ist allerdings Vorsicht geboten, da hinter einer scheinbar sachlichen Begründung sehr wohl ein geschlechtsspezifisches Vorurteil stecken kann. Deshalb darf sich das Gericht nicht damit begnügen, dass irgendein sachlicher Grund vorgebracht wird; es muss vielmehr eine Interessenabwägung unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismässigkeit vornehmen. Wenn das verfolgte Ziel sachlich gerechtfertigt ist, muss das verwendete Kriterium notwendig und zur Erreichung dieses Ziels geeignet sein, und es muss für den Arbeitgeber unzumutbar sein, ein weniger diskriminierendes Kriterium zu wählen.“

70 *Refaeil/Siegwart*, in: Die Gleichbehandlung von Mann und Frau (Fn. 30), 5 (30); *Olivier Steiner*, Das Verbot der indirekten Diskriminierung aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben, 1999, 356; *Stampe*, Das Verbot der indirekten Diskriminierung (Fn. 32), 167 f.; *Albrecht*, Der Begriff der gleichwertigen Arbeit (Fn. 60), 153 ff.

71 Wobei bemerkenswert ist, dass das Bundesgericht auch in Bezug auf die Lohngleichheit die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung erst seit Inkrafttreten des Gleichstellungsgesetzes heranzieht. Vgl. *Klett*, in: Gleichstellung von Frauen und Männern in der Schweiz und der EU (Fn. 4), 139 (144 ff.).

Verhältnismässigkeitsprüfung vorzunehmen⁷². Immerhin finden sich (inzwischen) auch vereinzelt Urteile, in denen auch das Bundesgericht insofern von einer zweistufigen Prüfung ausgehen dürfte, als neben einem sachlichen Grund auch die Verhältnismässigkeit der vorgenommenen Differenzierung gegeben sein muss⁷³. Wirklich gefestigt ist die Rechtsprechung hier aber nicht⁷⁴.

Insgesamt dürfte einiges dafür sprechen, im schweizerischen Recht bei der Beurteilung der Rechtfertigung indirekter Diskriminierungen von einem parallelen Prüfungsmassstab wie im (auf der Grundlage der Rechtsprechung) Gemeinschaftsrecht auszugehen. Neben grundsätzlichen dogmatischen Erwägungen⁷⁵ ist hier insbesondere anzufügen, dass nur auf diese Weise tatsächlich rational nachvollziehbar eruiert werden kann, ob ein bestimmter „sachlicher Grund“ tatsächlichen Notwendigkeiten entspricht und nicht vielmehr versteckt dann doch eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts beinhaltet. Im Übrigen trägt dieser Ansatz auch dem „materiellen Hintergrund“ des Einbezugs indirekter Diskriminierungen in den Tatbestand des Diskriminierungsverbots Rechnung: Danach sind diese grundsätzlich verboten, und Abweichungen sind begründungsbedürftig, wobei allein die (mehr oder weniger pauschale) Bezugnahme auf einen „sachlichen Grund“ nicht ausreichend ist, sondern vielmehr – wie das bei Zielkonflikten eben notwendig ist – eine Interessenabwägung

72 BGE 113 Ia 107, 118 (Schauspielerin); BGE 125 I 71, 79 (Berner Krankenschwestern); BGE 124 II 529, 530 (Solothurner Sozialbetreuerin); BGE 124 II 409, 424 (Zürcher Handarbeitslehrerinnen). Zu den „sachlichen Gründen“ in der Rechtsprechung des Bundesgerichts *Gabriella Matefi*, Marktlohn und Ausbildungskosten: sachliche Gründe für die Rechtfertigung von Lohnunterschieden?, AJP 2001, 1319 ff.; *Hansjörg Seiler*, Gleicher Lohn für gleichwertige Arbeit, ZBl 2003, 113 ff.; *Vincent Martenet*, L'égalité de rémunération dans la fonction publique, AJP 1997, 825 ff.; *Margrith Bigler-Eggenberger*, Die bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Lohngleichheit - eine kritische Bestandesaufnahme, AJP 2001, 1269 ff., jeweils m.w.N. Dieser Ansatz der Rechtsprechung dürfte auch und gerade in Zusammenhang mit der vom Bundesgericht vertretenen Struktur der Gleichheitssätze zu sehen sein: Danach sei bei Gleichheitssätzen nur zu prüfen, ob ein „sachlicher Grund“ für die Unterscheidung vorliegt, während der Anwendungsbereich der Verhältnismässigkeitsprüfung auf die Freiheitsrechte beschränkt sei. Zur Problematik m.w.N. *Epiney*, in: Deregulierung und Chancengleichheit (Fn. 59), 83 (85 ff.).

73 BGE 125 III 368, 373 f. (Wunschkandidat). Das Gericht war gefragt, ob die überdurchschnittliche Verhandlungsmacht eines potentiellen Arbeitnehmers eine ungleiche Entlohnung rechtfertigen könne. Die Beklagte versuchte, den besseren Lohn eines Lokalredaktors gegenüber einer weiblichen Arbeitnehmerin in gleicher Funktion mit dem Argument zu rechtfertigen, sie habe dem männlichen Kandidaten einen Ausnahmeloan gezahlt, weil er ihr „Wunschkandidat“ gewesen sei und deshalb im Vorfeld der Anstellung eine ausserordentlich starke Verhandlungsposition gehabt habe. Das Bundesgericht hielt dem entgegen, dass das Lohngleichheitsgebot auch in angeblichen Ausnahmefällen Geltung habe, und Unterschiede im Entgelt auch in diesen Fällen durch objektive Gründe zu rechtfertigen seien. Es schloss die Bezahlung von Ausnahmehöhnen für „Wunschkandidaten“ zwar nicht aus, legte jedoch fest, dass dies im Lichte des Lohngleichheitsgebots nur unter der Bedingung der Verhältnismässigkeit zu rechtfertigen sei. „Auch Lohnunterschiede, die auf eine besonders starke Verhandlungsposition eines Arbeitnehmers bei seiner Anstellung zurückzuführen sind, lassen sich [...] nur rechtfertigen, soweit und solange die Verhältnismässigkeit gewahrt ist, das heisst, soweit die unterschiedliche Entlohnung einem Ziel dient, das einem wirklichen unternehmerischen Bedürfnis entspricht, sowie zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich ist und soweit sie auch in zeitlicher Hinsicht auf das Notwendige beschränkt bleibt“, BGE 125 III 368, 380.

74 Vgl. hierzu auch *Klett*, in: Gleichstellung von Frauen und Männern in der Schweiz und der EU (Fn. 4), 139 (149), die davon spricht, dass das Bundesgericht nicht prüfe, ob sich eine festgestellte Benachteiligung objektiv rechtfertigen lässt.

75 Die für die Heranziehung des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes im Rahmen von Gleichheitssätzen sprechen. Vgl. m.w.N. *Epiney*, in: Deregulierung und Chancengleichheit (Fn. 59), 83 (85 ff.).

vorzunehmen ist, wofür aus grundrechtsdogmatischer Sicht die Verhältnismässigkeitsprüfung Elemente bereit stellt.

3. Zusammenfassung

Insgesamt dürften also die besseren Gründe dafür sprechen, dass das Konzept der indirekten Diskriminierung – so wie es vom EuGH entwickelt und konkretisiert wurde – ebenfalls in der schweizerischen Rechtsordnung zur Geltung kommen soll. Folgt man diesem Ansatz, wäre also auch in der schweizerischen Rechtspraxis bei (möglichen) indirekten Diskriminierungen der vom EuGH angelegte, allerdings vor dem Hintergrund der Modifikation der RL 76/207 und der oben angestellten Überlegungen zu präzisierende Prüfungsmassstab heranzuziehen:

- Besteht die Gefahr, dass die entsprechende Unterscheidung in besonderer Weise Männer bzw. Frauen trifft?
- Ist für die Differenzierung ein sachlicher Grund ersichtlich?
- Wird der Grundsatz der Verhältnismässigkeit beachtet?

Wie erläutert, bestehen in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung zahlreiche Ansätze in diese Richtung; allerdings wäre eine auch dogmatisch klarere Prüfungsreihenfolge der Rationalität, Nachvollziehbarkeit und Vorhersehbarkeit der Urteile sehr sachdienlich. Gerade im Zusammenhang mit der Lohngleichheit unterscheidet das Bundesgericht häufig nicht genau zwischen der (an sich tatbestandlichen) Frage der Gleichheit oder Gleichwertigkeit der Arbeit einerseits und der Rechtfertigung andererseits, sondern vermengt beide Fragen miteinander, so wenn es z.B. im Zusammenhang mit dem Aspekt des „Marktwertes“ einer Person operiert⁷⁶ oder (sonstige) „sachliche Gründe“ für eine unterschiedliche Entlohnung prüft⁷⁷. Diese aus dogmatischer Sicht damit nicht wirklich befriedigende Situation der Rechtsprechung ist umso erstaunlicher, als auch und gerade das Bundesgericht häufig „Anleihen“ beim EuGH macht, dann aber offenbar doch nur Teile der Rechtsprechung aufgreift, ohne dies aber wirklich zu deklarieren geschweige denn zu begründen. Eine solche Abweichung vom gemeinschaftsrechtlichen Konzept wäre aber schon deshalb begründungsbedürftig, weil der Gesetzgeber sich ja ausdrücklich auf diese gestützt hatte, so dass teleologische und historische Elemente für eine „Übernahme“ sprechen. Eine nicht

76 Vgl. etwa BGE 126 II 217, 225. Vgl. ausführlich zum „Prüfprogramm“ des Bundesgerichts *Seiler*, ZBl. 2003 (Fn. 72), 113 (122 ff.), mit zahlreichen Nachweisen aus der Rechtsprechung. Der Ansicht *Seilers*, der „Marktwert“ einer Arbeit sei letztlich bei der Beurteilung ihrer Gleichwertigkeit zu berücksichtigen (ebd., 145 ff.), kann freilich nicht zugestimmt werden, dies obwohl vor dem Hintergrund der wirtschaftlichen Realität selbstverständlich der „Marktwert“ eine Rolle spielt: Denn Art. 8 Abs. 3 S. 3 BV ist nun einmal eine – insofern gegen „den Markt“ gerichtete – Entscheidung dahingehend zu entnehmen, dass gleichwertige Arbeit gleich entlohnt werden soll, es sei denn, es bestehen sachliche Gründe dafür, etwas anderes zu tun. Auf der Grundlage dieser „Grundsatzentscheidung“ – die sich vor dem Hintergrund des Ziels und Zwecks der Bestimmung auf den „Eigenwert“ der Arbeit bezieht – ist der „Marktwert“ immer eine rechtfertigungsbedürftige Ausnahme, die aber grundsätzlich möglich sein kann. Relevant wird diese dogmatische Frage in erster Linie im Rahmen der bei der Rechtfertigung vorzunehmenden Verhältnismässigkeitsprüfung.

77 Vgl. etwa BGE 124 II 436, 440; BGE 124 II 529, 531; BGE 125 II 530, 537.

„folgerichtige“ Heranziehung des gesamten Konzepts der indirekten Diskriminierung ist im Übrigen auch vor dem Hintergrund bedauerlich, als damit Sinn und Zweck des Einbezugs dieser Rechtsfigur in das Diskriminierungsverbot – nämlich Berücksichtigung gesellschaftlicher und struktureller Realitäten – nicht vollumfänglich Rechnung getragen werden kann.

Der hier vertretene Ansatz – der somit von einer parallelen Konzeption der Verbote der indirekten Diskriminierung in der EU und der Schweiz ausgeht – bringt es auch mit sich, dass die auf dem Gebiet der indirekten Diskriminierung sehr reichhaltige Rechtsprechung des EuGH für die Beurteilung konkreter Fälle fruchtbar gemacht werden kann und wohl auch muss⁷⁸.

IV. „Positive Diskriminierungen“

Ein sowohl in der Schweiz als auch in der EU in der Literatur viel diskutiertes⁷⁹ und auch in der Rechtsprechung⁸⁰ immer wieder aktuelles Problem ist die Frage, ob und inwieweit (nationale) sog. „positive Massnahmen“ mit den Vorgaben des Grundsatzes der Gleichstellung der Geschlechter in Einklang stehen.

Unter „positiven Massnahmen“ sollen im Folgenden (ohne dass der Anspruch erhoben wird, hier eine wirkliche Begriffsklärung zu leisten) solche Massnahmen verstanden werden, die im Interesse der Verwirklichung der faktischen Gleichstellung der Geschlechter dem benachteiligten Geschlecht (also in der Regel den Frauen) im Vergleich zu dem anderen Geschlecht (also in der Regel den Männern) zusätzliche oder weitergehende Rechte einräumen. Positive Massnahmen zeichnen sich also durch zwei Merkmale aus: Erstens wird (direkt oder indirekt) im Hinblick auf eine unterschiedliche Behandlung an das Geschlecht einer Person angeknüpft, um, zweitens, die faktische (Rechts-) Stellung des benachteiligten Geschlechts zu verbessern⁸¹.

78 Vgl. insoweit die klare Stellungnahme von *Klett*, in: Gleichstellung von Frauen und Männern in der Schweiz und der EU (Fn. 4), 139 (141), die darlegt, dass in dem Fall, in dem der Gesetzgeber beim Erlass von Normen die ausländische Rechtsordnung mitberücksichtigt oder die entsprechende Normierung weitgehend übernimmt, eine mittelbare Verpflichtung bestehe, die ausländische Rechtsprechung und Lehre zu berücksichtigen. Die genannten Voraussetzungen seien im Bereich der Gleichstellung der Geschlechter gegeben.

79 Vgl. etwa, jeweils m.w.N., *Peter Hanau/Heinz-Dietrich Steinmeyer/Rolf Wank*, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, 2002, § 16, Rn. 199 ff.; *Evelyn Ellis*, EC Sex Equality Law, 1998, 244 ff.; *Björn Schubert*, Affirmative Action und Reverse Discrimination. Zur Problematik von Frauenquoten im öffentlichen Dienst am Beispiel der Bundesrepublik Deutschland unter Einbeziehung des Rechts der Europäischen Gemeinschaft, der Vereinigten Staaten von Amerika und der Republik Südafrika, 2003, 89 ff.; *Louis Charpentier*, The European Court of Justice and the Rhetoric of Affirmative Action, ELJ 1998, 167 ff.; *Anne Peters*, The Many Meanings of Equality and Positive Action in Favour of Women under European Community Law – a Conceptual Analysis, ELJ 1996, 177 ff.; *Dagmar Schiek*, Sex Equality After Kalanke and Marschall, ELJ 1998, 148 ff.; *Denise Buser/Tomas Poledna*, Politische Quoten auf dem Schafott – Reflexionen zum Bundesgerichtsurteil zur „Solothurner Quoteninitiative“, AJP 1997, 981 ff.; *Andreas Auer*, Les mesures positives et l’art. 4 al. 2 Cst., AJP 1993, 1336 ff.; *Georg Müller*, Quotenregelungen – Rechtsetzung im Spannungsverhältnis von Gleichheit und Verhältnismässigkeit, ZBl. 1990, 306 ff.; *Marianne Schwander*, Bundesgerichtliche Rechtsprechung zu Artikel 4 Absatz 2 der Bundesverfassung und die Frage der Verfassungsmässigkeit von Frauenquoten, AJP 1997, 963 ff.

80 Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051; EuGH, Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363; EuGH, Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875; EuGH, Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539; EuGH, Rs. C-476/99 (Lommers), Slg. 2002, I-2891. BGE 123 I 152 (Solothurner Quoten); BGE 125 I 21 (Urner Quoten).

81 Vgl. zum Begriff etwa *Auer*, AJP 1993 (Fn. 79), 1336 (1337); *Arioli*, Frauenförderungsmassnahmen (Fn. 49), 203 ff.; *Juliane Kokott/Patricia Egli*, Rechtsfragen zu positiven Massnahmen in Staat und Unternehmen, AJP 2000, 1485 (1486).

Deutlich wird damit auch, dass positive Massnahmen vor dem Hintergrund eines materiellen Gleichheitsverständnisses zu sehen sind⁸²: Sie zielen darauf ab, durch bestimmte Begünstigungen den tatsächlich bestehenden Unterschieden zwischen den Geschlechtern Rechnung zu tragen, dies vor dem Hintergrund, dass eine allein formelle rechtliche Gleichstellung gerade nicht ausreicht, um eine effektive Gleichstellung zu verwirklichen.

Auch in diesem Bereich ähneln sich die Problemstellungen in der EU und in der Schweiz, wobei bemerkenswert ist, dass die rechtlichen Grundlagen mittlerweile weitgehend parallel ausgestaltet sind.

In der EU ist nunmehr⁸³ allein Art. 141 IV EGV massgeblich; auch Art. 2 Abs. 8 RL 76/207 n.F. verweist auf diese Bestimmung: „Im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben hindert der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschliessen.“

In der Schweiz ist einerseits auf Art. 8 Abs. 3 S. 2 BV („Das Gesetz sorgt für ihre rechtliche und tatsächliche Gleichstellung, vor allem in Familie, Ausbildung und Arbeit.“), andererseits auf Art. 3 Abs. 3 GlG („Angemessene Massnahmen zur Verwirklichung der tatsächlichen Gleichstellung stellen keine Diskriminierung dar.“) hinzuweisen.

Sowohl in der Schweiz als auch in der EU sind also Massnahmen erlaubt, die zwar eine (formelle) Ungleichbehandlung von Männern und Frauen vorsehen, dies aber mit dem Ziel der Verwirklichung der tatsächlichen „Gleichstellung“. Ausgehend von der bereits erörterten Grundkonzeption des Gleichstellungsgrundsatzes⁸⁴ ist in diesem Zusammenhang zunächst festzuhalten, dass – wie auch mittlerweile in der Rechtsprechung anerkannt sein dürfte⁸⁵ – kein „Rangverhältnis“ zwischen dem (individualrechtlichen) Grundsatz der Gleichbehandlung einerseits und dem Auftrag zur Herstellung tatsächlicher Gleichstellung andererseits besteht; vielmehr steht der einem materiellen Gleichstellungsverständnis verpflichtete Gesetzgebungsauftrag grundsätzlich gleichberechtigt neben dem Individualrecht.

In Bezug auf die Frage, welche rechtlichen Grenzen sich für positive Massnahmen ergeben⁸⁶, hat sich die Rechtsprechung des Bundesgerichts – die sich allerdings im Wesentlichen mit Quoten in politischen Gremien zu befassen hatte – sehr stark an diejenige des EuGH

82 S. hierzu bereits oben II.

83 Nachdem Art. 2 Abs. 4 RL 76/207 a.F. – auf den das Urteil „Kalanke“ Bezug genommen hatte – nur auf die Förderung der „Chancengleichheit“ Bezug nahm.

84 Oben II.

85 In BGE 125 I 21, Erw. 3d)bb) erwähnt das Bundesgericht ausdrücklich, dass der materielle Gleichstellungsauftrag als „gleichwertiger Bestandteil“ des Rechts auf Gleichstellung anzusehen sei. Vgl. aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes EuGH, Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, Rn. 50 ff.

86 Darüber hinaus kann man sich noch fragen, ob es für den Gesetzgeber nicht auch eine rechtliche Verpflichtung gibt, diejenigen Massnahmen zu ergreifen, die die tatsächliche Gleichstellung sicherstellen. Diese Frage ist für das Gemeinschaftsrecht insofern zu verneinen, als den Mitgliedstaaten weder durch Art. 141 IV EGV noch durch andere Vorschriften diesbezügliche allgemeine Vorgaben gemacht werden (vgl. aber zu punktuellen Ansätzen in der neuen RL 76/207 *Epiney/Freiermuth Abt*, Recht der Gleichstellung (Fn. 6), 136 ff.). In der Schweiz dürfte aus Art. 8 Abs. 3 S. 2 BV durchaus eine solche Pflicht abzuleiten sein, wofür jedenfalls Sinn und Zweck dieser Bestimmung sprechen. Allerdings ist der hier dem Gesetzgeber eingeräumte Spielraum angesichts der zahlreichen, hier in Betracht kommenden Möglichkeiten denkbar weit ausgestaltet, so dass es kaum möglich sein dürfte, aus dieser Bestimmung eine Verpflichtung zum Erlass einer bestimmten Massnahme abzuleiten. Vgl. in diesem Sinn wohl auch BGE 123 I 152, Erw. 3a, 5b; BGE 125 I, Erw. 3a. Für eine Pflicht des Gesetzgebers auch *Bigler-Eggenberger*, Justitias Waage (Fn. 2), 238 f.

angelehnt und sogar den von dieser vollzogenen Wandel aufgenommen⁸⁷, so dass letztlich davon auszugehen ist, dass das Bundesgericht hier offenbar parallele Kriterien anlegen will. Die wesentlichen Aspekte der Rechtsprechung des EuGH in diesem Zusammenhang können wie folgt zusammengefasst werden:

- Art. 141 IV EGV ermöglicht allgemein „spezifische Vergünstigungen“, so dass die Bandbreite der von den Mitgliedstaaten ergriffenen Massnahmen nicht beschränkt ist⁸⁸.
- Die Limitierung auf „spezifische“ Vergünstigungen wird man so auslegen müssen, dass die jeweiligen Massnahmen direkt an eine bestimmte benachteiligende Situation anknüpfen müssen, ein Erfordernis, was sich letztlich auch aus der Anwendung des sogleich zu erörternden Verhältnismässigkeitsgrundsatzes ergibt.
- Positive Massnahmen müssen an den Vorgaben der Verhältnismässigkeit gemessen werden, also geeignet und erforderlich zur Erreichung des angestrebten Ziels sein. Diese Anforderung ergibt sich bereits aus dem Umstand, dass es hier um den Ausgleich widerstreitender Interessen – Individualrecht auf Gleichstellung einerseits und Verwirklichung einer effektiven Chancengleichheit und damit Berücksichtigung „kollektiver“ Aspekte andererseits – geht. Im Übrigen gehört der Grundsatz der Verhältnismässigkeit auch zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts. Angesichts des relativ weiten Anwendungsbereichs des Art. 141 IV EGV kommt der Verhältnismässigkeitsprüfung eine grosse Bedeutung zu.

Bei dieser Beurteilung kann dann wohl auch die bislang zu Art. 2 IV RL 76/207 a.F. ergangene Rechtsprechung berücksichtigt werden⁸⁹. Allerdings ist bemerkenswert, dass der EuGH weniger die einzelnen Voraussetzungen der Verhältnismässigkeit (Geeignetheit, Erforderlichkeit, eventuell Angemessenheit) prüft, sondern eher allgemeine Aussagen zu den zu beachtenden Anforderungen macht, die aber in der Sache durchaus dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz „zugeordnet“ werden können. So legt der EuGH bei die Einstellung oder Beförderung betreffenden Massnahmen der Prüfung der Zulässigkeit positiver Massnahmen in der Regel eine zweistufige Vorgehensweise zugrunde⁹⁰: In einem ersten Schritt ist die Gleichheit der Qualifikation als Grundvoraussetzung für die Zulässigkeit zu überprüfen und festzustellen⁹¹. In einem zweiten Schritt geht es dann um die „Absolutheit und Unbedingtheit“ der Massnahmen, wobei im Ergebnis eine Verhältnismässigkeitsprüfung erfolgt, ohne dass dies jedoch

87 Vgl. einerseits BGE 12 I 152 (Solothurner Quoten) mit einer klaren Anlehnung an EuGH, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051; andererseits BGE 125 I 21 (Urner Quoten), mit einer ebenso klaren Anlehnung an EuGH, Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363. Hierzu *Klett*, in: Gleichstellung von Frauen und Männern in der Schweiz und der EU (Fn. 4), 139 (153 ff.).

88 Allerdings müssen die positiven Massnahmen einem der drei in Art. 141 IV EGV genannten Zielen dienen (Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder der Verhinderung bzw. dem Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn). Zu diesem Aspekt *Epiney/Freiermuth Abt*, Recht der Gleichstellung (Fn. 6), 203 ff.

89 Ebenso *Oliver Suhr*, Grenzen der Gleichbehandlung: zur Vereinbarkeit von Frauenquoten mit dem Gemeinschaftsrecht, EuGRZ 1998, 121 (128); a.A. wohl *Krebber*, Art. 141 (Fn. 21), Rn. 82.

90 Vgl. hierzu auch *Meyer*, Diskriminierungsverbot (Fn. 21), 165 ff.

91 Wobei dies in der Regel durch das nationale Gericht oder die Behörde zu leisten ist.

durch den EuGH wirklich klargestellt wird. Dies impliziert auch, dass es grundsätzlich als unzulässig erachtet wird, wenn durch positive Massnahmen weniger qualifizierten Bewerberinnen (im Vergleich zu Mitbewerbern) Vorrang eingeräumt wird. Im Übrigen dürfte der EuGH grundsätzlich davon ausgehen, dass „absolute“ Bevorzugungsregeln – also solche ohne „Öffnungsklauseln“, die die individuelle Situation aller Beteiligten zu berücksichtigen erlauben – nicht den Vorgaben des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes entsprechen⁹².

Der EuGH formuliert diese Anforderungen wie folgt: Eine vorrangige Berücksichtigung von Frauen sei immer dann (im Lichte der Art. 2 I, IV RL 76/207 a.F.) zulässig, wenn sie den weiblichen Bewerbern bei gleicher Qualifikation keinen automatischen und unbedingten Vorrang im Vergleich zu den männlichen Bewerbern einräume und wenn eine objektive Beurteilung der Bewerbungen gewährleistet sei, die die besondere persönliche Lage aller Bewerber berücksichtigen könne⁹³. Eine Regelung wie diejenige des einschlägigen hessischen Gesetzes, wonach bei einem qualifikatorischen Patt zwischen einem Bewerber und einer Bewerberin die letztere einzustellen ist⁹⁴, es sei denn, es stehen dem Gründe von grösserem rechtlichen Gewicht entgegen, erfülle diese Voraussetzungen, da die Möglichkeit der Berücksichtigung dieser Gründe eben die Konsequenz nach sich ziehe, dass es keine unbedingte und absolute Vorrangnorm gebe.

Versucht man eine Einordnung dieser „Kriterien“, so entsprechen sie in der Sache Erwägungen, die auf der Ebene der Angemessenheit einzuordnen sind, weshalb eine explizite Verhältnismässigkeitsprüfung hier die Ergebnisse nachvollziehbarer gestalten würde⁹⁵.

Illustriert werden kann dies anhand der Rechtsprechung:

In der Rs. C-158/97⁹⁶ ging es u.a. auch um feste Quoten für bestimmte Anstellungen, die der EuGH aufgrund des besonderen Charakters der Stellen für zulässig erachtete: So stosse eine Regelung nicht auf gemeinschaftsrechtliche Bedenken, nach der die verbindlichen Zielvorgaben des Frauenförderplans für befristete Stellen im wissenschaftlichen Dienst mindestens den Anteil an Frauen vorzusehen haben, den diese an den Absolventinnen und Absolventen des jeweiligen Fachbereichs stellen, gehe es hier doch nicht um eine absolute Grösse, da dieser Anteil immer variere. Selbst eine „starre“ Quote, nach der Ausbildungsplätze in Berufen, in denen Frauen unterrepräsentiert sind, zu mindestens 50% von Frauen besetzt werden müssen, stelle keine absolut starre Quote dar, sehe die Regelung doch vor, dass im Falle des Fehlens von Bewerbungen von Frauen auch Männer berücksichtigt werden können. Im Übrigen gebe

92 So bereits EuGH, Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363. Der Gerichtshof greift hier auch ausdrücklich auf materielle Gesichtspunkte zurück, insbesondere den Umstand, dass trotz gleicher Qualifikationen und einer rechtlichen Gleichstellung der Frauen aus verschiedenen Gründen die Tendenz bestehe, gleichwohl Männer bevorzugt einzustellen, so dass allein die gleiche Ausgangsposition nicht bedeute, dass die betroffenen Bewerber auch tatsächlich gleiche Chancen haben. Damit aber gibt der EuGH (implizit) zu, dass sich ungleiche Chancen eben auch im Ergebnis widerspiegeln (können), womit die von ihm im Urteil Kalanke getroffene Unterscheidung zwischen Chancen- und Ergebnisgleichheit – auch wenn der Gerichtshof dies nicht in dieser Form klarstellt – hinfällig wird.

93 EuGH, Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875.

94 Falls dies zur Erfüllung der Zielvorgaben des Frauenförderplans erforderlich ist.

95 Im Einzelnen hierzu *Epiney/Freiermuth Abt*, Recht der Gleichstellung (Fn. 6), 209 ff.

96 EuGH, Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875. S. auch schon EuGH, Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363.

es in den entsprechenden Berufen auch Ausbildungsplätze in der Privatwirtschaft (es ging um den öffentlichen Dienst), so dass die allenfalls betroffenen Männer nicht endgültig ihrer Ausbildungsmöglichkeiten beraubt werden. Auch sei die Massnahme auf die Ausbildung beschränkt; es gehe also nicht um definitive Arbeitsplätze, und der Ausbildung komme bei der Verwirklichung der faktischen Gleichstellung eine besondere Bedeutung zu. Der EuGH geht damit also offenbar davon aus, dass eine unbedingte und absolute Vorrangregel nur dann anzunehmen ist, wenn eine andere Entscheidung von vornherein ausgeschlossen ist; hingegen soll es offenbar für die Zulässigkeit einer Vorrangklausel genügen, wenn die Öffnungsklausel eher eng gefasst ist, wie in den vorliegenden Fallgestaltungen. In Anbetracht des letztlich wohl entscheidenden Kriteriums der Verhältnismässigkeit – wovon auch der EuGH zumindest implizit ausgehen dürfte, wenn er etwa auf die anderweitigen Ausbildungsmöglichkeiten für betroffene Männer hinweist – vermag dieser Ansatz im Ergebnis zu überzeugen. Es wäre allerdings zu wünschen gewesen, dass der Gerichtshof, der übrigens nicht auf Art. 141 IV EGV, sondern auf Art. 2 I, IV RL 76/207 a.F. zurückgriff, die dogmatischen Grundlagen für seine Entscheidungen deutlicher klargelegt hätte: So hätte sich etwa die Klarstellung aufgedrängt, dass Art. 2 I, IV RL 76/207 a.F. allgemein positive Massnahmen von Frauen und damit eine Schlechterstellung von Männern zulassen, sofern damit das Ziel der faktischen Gleichstellung verfolgt wird. Ob letzteres dann tatsächlich der Fall ist, ist dann auch und gerade eine Frage der Verhältnismässigkeit der Massnahme. Der Umstand eben, dass sog. „automatische und unbedingte“ Vorrangregeln unzulässig sind, könnte dann auch überzeugender und rational nachvollziehbarer begründet werden: Solche Vorrangregeln sind nämlich in aller Regel unverhältnismässig. Würde der EuGH das Kriterium der Verhältnismässigkeit ausdrücklich anwenden, müsste er auch nicht in manchmal schwer nachvollziehbaren Wendungen begründen, warum eine bestimmte Vorrangregelung gerade nicht „absolut“, „automatisch“ oder „unbedingt“ ist. So vermag man durchaus Zweifel haben, ob es zutreffend ist, die 50 %-Reservierung von Ausbildungsplätzen nur deshalb nicht als „absolut“ anzusehen, weil im Falle von Frauenmangel ja auch Männer zum Zuge kommen können; dies ändert doch nichts daran, dass im Falle von genügend verfügbaren Frauen eben doch eine starre Regelung besteht. Bezeichnend ist dann auch, dass der EuGH gerade hier auf der Verhältnismässigkeit zuzuordnende Erwägungen zurückgreift.

In der Rs. C-407/98⁹⁷ ging es im Wesentlichen darum, ob es zulässig ist, dass ein (öffentlicher oder privater) Arbeitgeber bei der Einstellung, Beförderung oder Ausbildung eine im Vergleich zu einer anderen Person weniger qualifizierte Person auszuwählen hat, wenn die Entscheidung im Rahmen von Bestrebungen zur Förderung

97 EuGH, Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539.

der Gleichstellung der Geschlechter getroffen wird⁹⁸. Der EuGH schloss hier auf eine „automatische“ Bevorzugung des unterrepräsentierten Geschlechts, woran auch der ebenfalls in der einschlägigen Regelung enthaltene Grundsatz, dass der Unterschied zwischen den Qualifikationen der Bewerber nicht zu gross sein darf, nichts zu ändern vermöge. Auch eine Heranziehung des Art. 141 IV EGV führe zu keinem anderen Schluss, da jedenfalls eine unverhältnismässige Massnahme – wie die zur Debatte stehende – nicht von dieser Bestimmung erfasst werden könne. Auch hier vermag das Ergebnis des Urteils durchaus zu überzeugen, wobei sich jedoch – wie in der Rs. C-158/97 – eine Klarstellung, dass hier die Unverhältnismässigkeit der Massnahme entscheidend sein muss, aufgedrängt hätte. Interessant ist an dem Urteil im Übrigen, dass der EuGH die Bevorzugung der Frau trotz schlechterer Qualifikation gerade deshalb für unzulässig erachtete, weil die Tragweite der Beschränkungen unklar gewesen seien, so dass damit das Geschlecht zum allein entscheidenden Kriterium für die Auswahl unter den hinreichend qualifizierten Kandidaten wurde. Im Gegenschluss wird man daraus ableiten können, dass das Geschlecht – ähnlich wie ein persönlicher Eindruck – durchaus ein Kriterium bei der Auswahl darstellen darf und möglicherweise eine etwas schwächere Qualifikation kompensieren könnte⁹⁹. Ergänzend sei zudem darauf hingewiesen, dass die Feststellung einer „gleichen“ Qualifikation in der Regel sehr schwierig sein wird, liegen doch meist unterschiedliche Ausbildungswege und Erfahrungen vor¹⁰⁰. Immerhin ist der Rechtsprechung hier ein gewisser Rahmen zu entnehmen, wie die Forderung nach der Heranziehung eines verständlichen Auswahl-systems mit objektiven und transparenten Auswahlkriterien¹⁰¹.

Festzuhalten bleibt damit im Ergebnis Folgendes:

- Die Konzepte in beiden Rechtsordnungen stimmen – jedenfalls auf der Grundlage der Rechtsprechung und der wohl herrschenden Literaturmeinungen – überein.
- Das Bundesgericht inspirierte sich bislang sehr stark von den Entwicklungen auf EU-Ebene.
- Damit ist zu erwarten, dass es dies auch in Zukunft tun wird. Dabei wäre zu wünschen, dass das Bundesgericht – auch und gerade wenn es auf der „Linie“ des EuGH bleiben sollte – die Gelegenheit nicht verpasst, ausdrücklich klarzustellen, aus welchen Gründen welche Kriterien für die (Un-) Zulässigkeit positiver Massnahmen ausschlaggebend sind, also m.a.W. eine ausdrückliche und systematische Verhältnismässigkeitsprüfung durchführen würde, um so einer möglichst rationalen Prüfung der rechtlichen

98 Konkret stand eine Berufung als Professor(in) zur Debatte.

99 Vgl. *Dagmar Richter*, Die Theorie der Gegensteuerung am Beispiel des Geschlechts, in: Christine Kreuzer (Hrsg.), *Frauen im Recht – Entwicklung und Perspektiven*, 2001, 155 (172). Im Erg. wohl ebenso, allerdings vor Erlass dieses Urteils, *Suhr*, EuGRZ 1998 (Fn. 89), 121 (127 f.).

100 Gewisse Anhaltspunkte bzw. Kriterien finden sich in EuGH, Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, Rn. 23 ff. In EuGH, Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, Rn. 48, erklärt der EuGH auch Kriterien für zulässig, die eine mittelbare Diskriminierung von Männern beinhalten können, da die Herstellung von tatsächlicher Gleichheit anvisiert wird und dies als von Art. 141 IV EGV gedeckt angesehen werden könne.

101 EuGH, Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, Rn. 49.

Zulässigkeit positiver Massnahmen Vorschub zu leisten. Die bisherigen „Quotenurteile“ sind in dieser Beziehung nur bedingt befriedigend¹⁰².

V. Weitere Aspekte

1. Spezifische Aspekte der Lohngleichheit

Neben den bereits angesprochenen Fragen im Zusammenhang mit dem Vorliegen einer (indirekten) Diskriminierung wirft der Lohngleichheitssatz auch noch weitere Fragen auf, wobei zwei¹⁰³ von besonderer Bedeutung sein dürften:

- Zunächst ist zu bestimmen, was unter den Begriff des Lohns fällt. Im Ergebnis sind hier die Ansätze in der Schweiz und in der EU parallel, wenn auch keine ausdrückliche Anlehnung der schweizerischen Rechtsprechung an diejenige zu Art. 141 I EGV erfolgt. So ist unter „Lohn“ i.S.v. Art. 8 Abs. 3 Satz 3 oder des GlG nach schweizerischer Lehre und Rechtsprechung nicht nur der Geldlohn i.e.S. zu verstehen, sondern jede (Gegen-) Leistung, das für geleistete Arbeit entrichtet wird. Darunter fallen auch Naturallohn, Gratifikationen, Provisionen und die sozialen Lohnkomponenten wie Familien-, Kinder- und Alterszulagen¹⁰⁴. Entscheidend ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, dass die Leistung einen engen Zusammenhang mit der Arbeit aufweist¹⁰⁵. Entsprechend fällt die Definition in Art. 141 Abs. 2 EGV aus, die im Übrigen in der Rechtsprechung präzisiert wurde¹⁰⁶.
- Gleicher Lohn ist nur für gleiche oder gleichwertige Arbeit zu leisten. Der EuGH hat die Voraussetzungen, unter denen eine gleichwertige Arbeit vorliegt, nicht wirklich definiert, obliegt diese Entscheidung doch den nationalen Gerichten¹⁰⁷. Jedenfalls kann man der Rechtsprechung aber entnehmen, dass die miteinander verglichenen Tätigkeiten nicht gleicher Natur sein oder denselben Bereich betreffen müssen¹⁰⁸. Von diesem Ansatz wird auch in der Schweiz ausgegangen, wobei bei der konkreten Feststellung der Gleichwertigkeit die Methode der analytischen Arbeitsbewertung im Zentrum der Diskussion steht¹⁰⁹. Den Ausgangspunkt bildet dabei der Arbeitsplatz an

102 Vgl. bereits *Astrid Epiney*, Chancengleichheit über das Ergebnis?, Bemerkungen zum Bundesgerichtsurteil zur Solothurner Quoteninitiative, AJP 1997, 1033 ff.

103 Am Rande sei hier der Vollständigkeit halber auf den Umstand hingewiesen, dass sowohl Art. 141 Abs. 1 EGV als auch Art. 8 Abs. 3 S. 1 BV auf öffentlich- und privatrechtliche Dienstverhältnisse Anwendung finden. Vgl. für die Schweiz nur *Seiler*, ZBl. 2003 (Fn. 72), 113 (114); für das Gemeinschaftsrecht *Epiney/Freiermuth Abt*, Recht der Gleichstellung (Fn. 6), 53 ff., jeweils m.w.N.

104 BGE 126 II 217, 223 (Lehrerinnen für psychiatrische Krankenpflege); *Müller*, Grundrechte (Fn. 9), 465.

105 BGE 126 II 217, 224 (Lehrerinnen für psychiatrische Krankenpflege).

106 Ausführlich m.w.N. *Epiney/Freiermuth Abt*, Recht der Gleichstellung (Fn. 6), 56 ff.

107 Vgl. etwa EuGH, Rs. C-236/98 (Jämställdhetsombudsmannen), Slg. 2000, I-2189.

108 Vgl. EuGH, Rs. C-127/92 (Enderby), Slg. 1993, I-5535.

109 Siehe dazu Ausführungen in *Albrecht*, Der Begriff der gleichwertigen Arbeit (Fn. 60), 29 ff.; Botschaft zum GlG, BBl 1993 I 1264 ff.

sich, genauer gesagt, die Anforderungen, die er an die Fähigkeit und Belastbarkeit der Arbeitnehmenden stellt (wie Ausbildungskenntnisse, Verantwortungsbewusstsein, geistige und seelische Beanspruchung etc.). Diese Grösse wird beziffert und als „Anforderungswert“ mit einem Gewichtungsfaktor multipliziert, der grösser oder kleiner sein wird, je nachdem, wie stark sich der Anforderungswert auf die Entlohnung auswirken soll. Das Ergebnis kann direkt zur Berechnung des Lohnes verwendet werden.

2. Beweislast

Auch die in Art. 6 GlG enthaltene Beweislastregelung erfolgte in Anlehnung an die Rechtslage in der EU¹¹⁰, wobei zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des GlG noch die Rechtsprechung des EuGH massgeblich war, die jedoch im Wesentlichen durch die RL 97/80¹¹¹ kodifiziert wurde. Ebenso wie Art. 4 Abs. 1 RL 97/80 sieht denn auch Art. 6 GlG vor, dass die von einer auf dem Geschlecht beruhenden Diskriminierung möglicherweise betroffene Person diese Diskriminierung (nur) glaubhaft machen muss. In der Folge obliegt es dem Beklagten zu beweisen, dass keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes vorgelegen hat.

Wann eine Diskriminierung als glaubhaft gemacht zu gelten hat, ist im Gesetz nicht näher umschrieben¹¹². Die bundesgerichtliche Rechtsprechung präzisiert, dass „nicht die volle Überzeugung des Gerichts herbeigeführt“ werden müsse, es aber genüge, wenn eine „gewisse Wahrscheinlichkeit“ für eine Diskriminierung spreche, auch wenn das Gericht dabei noch mit der Möglichkeit rechne, dass sie tatsächlich nicht vorhanden sein könnte¹¹³. Auf der anderen Seite genügen blossе Behauptungen natürlich nicht¹¹⁴. Grundsätzlich dürfen aber an das Glaubhaftmachen keine zu hohen Anforderungen gestellt werden, da die Gegenpartei jederzeit den Gegenbeweis¹¹⁵ und den Beweis des Gegenteils¹¹⁶ erbringen kann. Diese

110 Vgl. die Botschaft, BBl. 1993 I 1248, 1294 ff.

111 RL 97/80 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, ABl. 1998 L 14, 6.

112 Zum Erfordernis des Glaubhaftmachens siehe *Sabine Steiger-Sackmann*, in: Margrith Bigler-Eggenberger/Claudia Kaufmann (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 1997, Art. 6, Rn. 48 f.; *Olivier Steiner*, Das Verbot der indirekten Lohndiskriminierung, AJP 2001, 1281 (1291); *Seiler*, ZBl 2003 (Fn. 72), 113 (135 f.).

113 BGE 125 III 368, 372 (Wunschkandidat). S. neuerdings auch BGE 127 III 207, 213 (Office X.), wo das Bundesgericht festhielt, dass eine Diskriminierung glaubhaft gemacht ist, und somit vermutet wird, wenn zwei Mitarbeiter verschiedenen Geschlechts verschiedene Löhne erhalten, obwohl sie sich in ähnlicher Position befinden und über vergleichbare Pflichtenhefte verfügen.

114 BGE 120 II 393, 398.

115 *Steiner*, Das Verbot der indirekten Diskriminierung (Fn. 70), 362.

116 Zur Unterscheidung zwischen Gegenbeweis und Beweis des Gegenteils s. *Kathrin Klett*, Richterliche Prüfungspflicht und Beweiserleichterung, AJP 2001, 1293 (1296 f.).

Rechtsprechung dürfte mit den Vorgaben der RL 97/80, die den Mitgliedstaaten hier einen gewissen Gestaltungsspielraum einräumt¹¹⁷, in Einklang stehen.

Nicht mit der RL 97/80 in Einklang steht hingegen der Ausschluss der Anstellung und der sexuellen Belästigung von der Beweislastregel¹¹⁸.

3. *Schutz von Schwangeren und Wöchnerinnen*

Schliesslich sei noch auf die RL 92/85 über die Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von schwangeren Arbeitnehmerinnen, Wöchnerinnen und stillenden Arbeitnehmerinnen am Arbeitsplatz¹¹⁹ hingewiesen. Dieser Richtlinie sind im Wesentlichen drei Kategorien von Verpflichtungen zu entnehmen¹²⁰, die sich im schweizerischen Recht zum grossen Teil ebenfalls nachweisen lassen:

- Schutz am Arbeitsplatz: Der Arbeitsplatz einer schwangeren, bzw. stillenden Arbeitnehmerin oder Wöchnerin muss gemäss Art. 4 RL 92/85 einer Risikobeurteilung unterzogen werden, wobei die Bezugspunkte dieser Prüfung beispielhaft im Anhang I aufgeführt werden¹²¹. Ergeben sich Risiken (für Sicherheit oder Gesundheit oder mögliche Auswirkungen auf die Schwangerschaft oder Stillzeit), so müssen diese Frauen durch alle geeigneten Massnahmen geschützt werden, was in Art. 5 RL 92/85 im Einzelnen umschrieben wird: Als erste Massnahme kommt die einstweilige Umgestaltung der Arbeitsbedingungen oder der Arbeitszeiten in Frage. Wenn dies nicht möglich oder zumutbar ist, muss ihnen allenfalls ein anderer Arbeitsplatz zugewiesen werden, oder, wenn auch das unmöglich oder unzumutbar ist, wird die Arbeitnehmerin entsprechend den Vorschriften oder Gepflogenheiten des jeweiligen Mitgliedstaates beurlaubt. Wenn die Arbeitnehmerin aufgrund der Risikoeinschätzung versetzt oder gar beurlaubt wird, so müssen die mit dem Arbeitsvertrag verbundenen Rechte, einschliesslich der Fortzahlung eines Entgelts und/oder des Anspruchs auf eine angemessene Sozialleistung entsprechend den nationalen Vorschriften oder Gepflogenheiten gewährleistet sein (Art. 11 I RL 92/85). Diese Formulierung belässt den Mitgliedstaaten einen recht weiten Gestaltungsspielraum, insbesondere in Bezug auf die „angemessene Sozialleistung“.

117 Vgl. ausführlich zu den Vorgaben der RL 97/80 m.w.N. *Epiney/Freiermuth Abt*, Recht der Gleichstellung (Fn. 6), 159 ff.

118 Vgl. aber zu den Schwierigkeiten der Beweislastumkehr bei der sexuellen Belästigung *Epiney/Freiermuth Abt*, Recht der Gleichstellung (Fn. 6), 161.

119 ABl. 1992 L 248, 1.

120 Vgl. ausführlich zu der Richtlinie *Epiney/Freiermuth Abt*, Recht der Gleichstellung (Fn. 6), 166 ff.

121 S. auch Art. 3 RL 92/85, der die Aufstellung von Leitlinien für die Beurteilung der Risiken durch die Kommission vorsieht, die bei der Risikobeurteilung ebenfalls berücksichtigt werden sollen.

Die in der Schweiz geltenden Bestimmungen, insbesondere diejenigen des Arbeitsgesetzes (vgl. Art. 35, 35a ArG, Art. 61 ff. ArGV 1), gehen in dieselbe Richtung wie diejenigen der Richtlinie und dürften deren Vorgaben genügen.

- Mutterschaftsurlaub: Die Richtlinie sieht einen Mutterschaftsurlaub von mindestens 14 Wochen (ohne Unterbrechung) vor (Art. 8 RL 92/85). Der Zeitraum des Urlaubs (Aufteilung vor und nach der Geburt) erfolgt in jedem Fall entsprechend den einzelstaatlichen Vorschriften und/oder Gepflogenheiten¹²². Während des Mutterschaftsurlaubs dürfen die mit dem Arbeitsvertrag verbundenen Rechte¹²³ nicht ausgesetzt werden oder irgendwelchen Bedingungen unterworfen werden, Art. 11 Ziff. 2 lit. a) RL 92/85¹²⁴. So sind die 14 Wochen Mutterschaftsurlaub für die Berechnung des Jahresurlaubs als „normale“ Arbeitszeit heranzuziehen¹²⁵. In Bezug auf die Fortzahlung eines Entgelts während des Mutterschaftsurlaubs sieht Art. 11 Ziff. 2 lit. b) RL 92/85 vor, dass ein Arbeitsentgelt und/oder ein Anspruch auf eine angemessene Sozialleistung gewährt werden muss¹²⁶. Dabei gilt eine Sozialleistung als angemessen, wenn sie mindestens den Bezügen entspricht, die die betreffende Arbeitnehmerin im Falle einer Unterbrechung ihrer Erwerbstätigkeit aus gesundheitlichen Gründen erhalten würde¹²⁷, wobei aber eine von den einzelstaatlichen Gesetzgebern festgelegte Obergrenze möglich ist (Art. 11 Ziff. 3 RL 92/85). Diese vom Wortlaut her nicht ganz

122 So steht Art. 8 RL 92/85 einer arbeitsvertraglichen Klausel, die unter bestimmten Voraussetzungen den Beginn des Mutterschaftsurlaubs auf einen bestimmten Zeitpunkt vor der Geburt festlegt, nicht entgegen, EuGH, Rs. C-411/96 (Boyle), Slg. 1998, I-6401, Rn. 49 ff. Erkrankt jedoch eine Frau während des Mutterschaftsurlaubs, kann dieser Zeitraum nicht auf denselben (innerhalb der 14 Wochen) angerechnet werden, da der Mutterschaftsurlaub neben der körperlichen Verfassung der Frau auch ihre Beziehung zu dem neugeborenen Kind schützen wolle, EuGH, Rs. C-411/96 (Boyle), Slg. 1998, I-6401, Rn. 58 ff.

123 Abgesehen vom Entgelt. Vgl. dazu noch sogleich im Text. Zu den unter Art. 11 Ziff. 2 lit. a) RL 92/85 fallenden Rechten gehören auch Rentenanswartschaften, EuGH, Rs. C-411/96 (Boyle), Slg. 1998, I-6401, Rn. 82. S. in Bezug auf Gratifikationen EuGH, Rs. C-333/97 (Lewen), Slg. 1999, I-7243.

124 Art. 11 Ziff. 4 RL 92/85 bezieht sich nur auf die Zahlung des Entgelts während des Mutterschaftsurlaubs, so dass die nach dieser Bestimmung möglichen Einschränkungen (vgl. hierzu sogleich im Text) bei den unter Art. 11 Ziff. 2 lit. a) RL 92/85 fallenden Rechten nicht herangezogen werden dürfen. Vgl. ausdrücklich EuGH, Rs. C-411/96 (Boyle), Slg. 1998, I-6401, Rn. 84.

125 EuGH, Rs. C-411/96 (Boyle), Slg. 1998, I-6401, Rn. 70 ff. (e contrario).

126 Übersteigt der geleistete Betrag den nach Art. 11 Ziff. 2 lit. b) RL 92/85 zu gewährenden Mindestbetrag, ist es nach der Rechtsprechung des EuGH dem Arbeitgeber überlassen, welche Voraussetzungen er für die Ausrichtung des Differenzbetrags zwischen dem vorgeschriebenen Minimalbetrag und dem von ihm gewährten höheren Betrag aufstellen will. So stünden Art. 141 EGV, Art. 1 RL 75/117 und Art. 11 RL 92/85 einer Vertragsklausel nicht entgegen, die vorsieht, dass die Arbeitnehmerin sich verpflichten muss, die Arbeit nach der Entbindung für mindestens einen Monat wieder aufzunehmen, ansonsten sie den Differenzbetrag zurückerstatten muss (und somit nur den gesetzlich vorgesehenen Betrag erhält), EuGH, Rs. C-411/96 (Boyle), Slg. 1998, I-6401, Rn. 30 ff. Diese Möglichkeit erscheint insofern überzeugend, als es ja um zusätzliche Leistungen geht: Wenn diese auch nicht gewährt werden können, muss es erst recht möglich sein, sie unter einer Bedingung zu gewähren. Allerdings wäre wohl ein Verstoß gegen Art. 11 Ziff. 2 lit. b), 3 RL 92/85 anzunehmen, wenn eine solche Bedingung bei Arbeitnehmern, die krankheitshalber abwesend sind, nicht aufgestellt wird, wäre doch in diesem Fall die Anforderung der Gleichbehandlung mit den kranken Arbeitnehmern nicht gegeben.

127 Diese Formulierung gab Anlass zu einer Erklärung des Rates und der Kommission im Protokoll der Tagung des Rates vom 19.10.1992, in der festgehalten wurde, man würde sich aus rein technischen Gründen auf die Leistungen im Krankheitsfall beziehen und wolle damit keineswegs Schwangerschaft und Geburt mit Krankheit gleichstellen.

eindeutige Formulierung ist wohl so auszulegen, dass eine Obergrenze nur dann zulässig ist, wenn sie auch im Falle der Krankheit vorgesehen ist.

In der Schweiz steht die Einführung eines (allgemeinen) Mutterschaftsurlaubs bekanntlich noch aus, so dass in diesem Punkt ein Defizit im Verhältnis zu den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts festzustellen ist.

- Kündigungsschutz: Art. 10 RL 92/85 ist ein grundsätzliches Kündigungsverbot für Arbeitnehmerinnen von Beginn der Schwangerschaft bis zum Ende des Mutterschaftsurlaubs zu entnehmen. Eine Kündigung ist nur aus Gründen möglich, die nicht mit der Schwangerschaft im Zusammenhang stehen, die nach den einzelstaatlichen Vorschriften zulässig sind und wenn gegebenenfalls von der zuständigen Behörde eine Genehmigung der Kündigung ausgesprochen wird. Diesem Kündigungsverbot kommt unbedingter Charakter zu¹²⁸.

Art. 336c Abs. 1 lit. c OR ist ein den Anforderungen der Richtlinie entsprechender Kündigungsschutz zu entnehmen.

VI. Schlussbemerkung

Insgesamt konnte der Beitrag aufzeigen, dass es zahlreiche konzeptionelle Parallelen zwischen europäischem Gemeinschaftsrecht und schweizerischem Recht im Gleichstellungsrecht gibt, dies übrigens teilweise (so etwa beim Lohngleichheitssatz oder der Zulässigkeit positiver Massnahmen) auch in Bereichen, in denen der Gesetzgeber nicht explizit eine Anlehnung an das Gemeinschaftsrecht vorgesehen hat. Daneben sind aber auch insbesondere richterliche „Abweichungen“ von gemeinschaftlichen Konzepten festzustellen, dies auch in Bereichen, in denen an sich eine gewisse Anlehnung an das Gemeinschaftsrecht intendiert war.

Versucht man vor diesem Hintergrund, allgemeine Leitlinien zu formulieren, unter welchen Voraussetzungen gemeinschaftsrechtliche Konzepte im schweizerischen Recht mit welchem Gewicht zu „beachten“ sind, so ist zu unterscheiden:

- Jedenfalls soweit sich aus Entstehungsgeschichte sowie Ziel und Zweck gesetzgeberischer Regeln schliessen lässt, dass gemeinschaftsrechtliche Konzepte übernommen werden sollten, sind diese – so wie sie in der Rechtsprechung des EuGH konkretisiert wurden, auf die ja dann regelmässig auch Bezug genommen wurde – grundsätzlich zu berücksichtigen. Dieser Grundsatz bedeutet nicht eine Ausserachtlassung der Eigenheiten des nationalen Rechts, sondern stellt letztlich ein Auslegungselement dar. Dieser Ansatz impliziert auch, dass künftige Entwicklungen in Rechtsprechung und Rechtsetzung in die Betrachtungen einzubeziehen sind, ohne dass

128 S. EuGH, Rs. C-32/93 (Webb), Slg. 1994, I-3567; EuGH, Rs. C-394/96 (Brown), Slg. 1998, I-4185; vgl. auch EuGH, Rs. C-109/00 (Tele Danmark), Slg. 2001, I-6993, Rn. 27 f. (in Bezug auf die Unzulässigkeit von Kündigungen aus ökonomischen Gründen).

sie zwingend zu „übernehmen“ sind. Bei einer solchen Konstellation (gesetzgeberisch beabsichtigte „Übernahme“ gemeinschaftlicher Konzepte) – wie sie ja gerade im Gleichstellungsrecht in Bezug auf zahlreiche Regelungen anzutreffen ist – besteht damit ein Begründungsbedarf, wenn der Richter von den gemeinschaftlichen Konzepten abweichen will, stellt er sich damit doch in Gegensatz zu dem Willen des Gesetzgebers. Das nur teilweise „Herauspicken“ von Rechtsprechungselementen jedenfalls ist aus methodischer Sicht fragwürdig, zumal wenn es nicht deklariert wird, und einer rational nachvollziehbaren Rechtsprechung in der Regel eher abträglich.

- In den Bereichen, in denen sich eine Parallelität von Gemeinschaftsrecht und schweizerischem Recht „nur“ deshalb ergibt, weil die Konzepte etwa aufgrund paralleler gesetzlicher Grundlagen und Problemstellungen ähnlich oder gar übereinstimmend gelagert sind bzw. sein könnten, kann ein – diesfalls allerdings (zunächst) rein rechtsvergleichender – Blick auf in anderen Rechtsordnungen (so auch in der Gemeinschaftsrechtsordnung) gefundene Lösungen instruktiv sein. Werden Rechtsprechungselemente hier übernommen, bedarf es allerdings einer Begründung, die insbesondere die einer solchen „Übernahme“ zugrunde liegenden Parallelen aufzeigen muss.

Die bundesgerichtliche Rechtsprechung – jedenfalls im hier im Zentrum stehenden Bereich der Gleichstellung der Geschlechter – lässt sich wohl nicht durchgehend von derartigen Grundsätzen leiten. Vielmehr gewinnt man gelegentlich (etwas pointiert ausgedrückt) den Eindruck, dass im Falle „passender“ Parallelen in der Gemeinschaftsrechtsordnung und in der Rechtsprechung des EuGH diese fruchtbar gemacht werden, während ansonsten (eher stillschweigend) an Anknüpfungen verzichtet wird.

So ist es zumindest erstaunlich, dass sich das Bundesgericht bei der Frage der Zulässigkeit „positiver Massnahmen“ sehr eng an die Rechtsprechung des EuGH angelehnt hat, obwohl es hier beim zu entscheidenden Fall in der Schweiz nicht nur um ein anderes Problem (nämlich Quoten in politischen Gremien und nicht im Arbeitsleben) ging, sondern dazu noch – zum Zeitpunkt der Urteile – die rechtlichen Grundlagen abweichend ausgestaltet waren. Hier hätte man sich eine eingehendere Begründung gewünscht, warum nun der vom EuGH verfolgte Ansatz auch in der Schweiz zu verfolgen ist. Umgekehrt erstaunt, wenn das Bundesgericht im Rahmen eines ausdrücklich aus der Gemeinschaftsrechtsordnung „entliehenen“ Konzepts – nämlich der indirekten Diskriminierung – die einschlägige Rechtsprechung nicht vollumfänglich „übernimmt“.

Insgesamt dürfte es damit in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung an transparenten Grundsätzen und Begründungen für die Art und Weise der Berücksichtigung von Elementen des Gemeinschaftsrechts fehlen. Es bleibt zu hoffen, dass die Rechtsprechung hier in den kommenden Jahren etwas mehr an Konsistenz und Kontinuität gewinnen wird, wozu möglicherweise auch die sich im Rahmen der bilateralen Verträge stellenden Rechtsauslegungs- und Rechtsanwendungsprobleme beitragen werden.